APUNTAMIENTOS
PARA
LOS JUICIOS CIVILES.

APUNTAMIENTOS PRÁCTICOS

PARA TODOS LOS TRAMITES

DE LOS JUICIOS CIVILES,

ASI ORDINARIOS COMO EXTRAORDINARIOS,

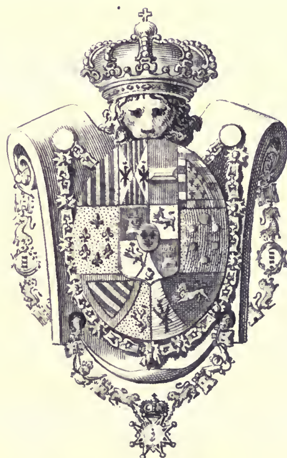
QUE SE EMPIEZAN, CONTINÚAN, Y ACABAN

EN LOS TRIBUNALES REALES.

POR

EL EXCELENTISIMO SEÑOR CONDE DE LA CAÑADA,
GOBERNADOR DEL REAL Y SUPREMO CONSEJO,
Y DE LA CAMARA, &c. &c. &c.





Valle

CON LICENCIA.

MADRID EN LA IMPRENTA REAL.

AÑO DE 1793.

A LA REYNA

NUESTRA SEÑORA.

SEÑORA.

La gloria de que se han cubierto aquellas ilustres heroinas, que sin contar con

las

las exênciones de su sexô, han sabido partir con los grandes honores las pensiones que son anexas al Trono, es un poderoso estimulo para las almas grandes, que en su situacion las inflama y excita á imitar tan dignos y memorables exemplos.

En todos los tiempos nos recuerda la Historia algunas de estas almas privilegiadas, que rompiendo, por decirlo así, los diques de su condicion, y remontándose sobre su esfera, llegáron á adquirirse por su virtud y beneficencia el renombre de bienhechoras de los Pueblos.

V. M. será en las edades venideras un modelo admirable, y una excepcion muy singular de las almas comunes de su clase y de su sexô, donde podrán instruirse aquellas, á quienes eleva la fortuna á disfrutar de las prerogativas del Cetro,

á tomarse tanta parte en los desvelos y afanes que cerçan á la Magestad.

Si V. M. no tuviese un espíritu dotado de dones tan sublimes, y un corazon de tan benéficos impulsos hácia sus afortunados vasallos; el homenage que pretendo rendir á V. M. en la ofrenda de este escrito, estribaria solo en el profundo reconocimiento que me vincula para siempre á V. M., ó en la confianza de lograr benigna acogida en su Soberana proteccion.

Pero quando contemplo que estos discursos son en su objeto tan conformes á los grandes designios de V. M., ¿quánta es mi complacencia de llevar con este nuevo apoyo á L. R. P. de V. M. la ofrenda que me inspiró la gratitud y el reconocimiento?

Y

Y en efecto quando se trata de mejorar la administracion de justicia, que es tanta parte para la felicidad de los Pueblos, ¿á quién se puede ir con mas razon que á V. M., que con tanto interes, zelo y acierto procura la de estos Reynos, asegurándola con su sabio Consejo en circunstancias tan delicadas como las presentes, que llenarán de gloria eternamente la digna memoria de V. M.? Madrid 20. de Setiembre de 1793.

SEÑORA.

A L. R. P. de V. M.

El Conde de la Cañada.

PRÓ-

PRÓLOGO.

Una de las partes de nuestra Jurisprudencia mas destituida de la necesaria ilustracion y mas digna de ser ilustrada, es sin contestacion la práctica de los juicios civiles, que tanto han confundido y complicado los Autores con la variedad de sus opiniones y dictámenes. Convencido de esta verdad, y deseando constantemente nivelar la eleccion de todos mis trabajos y operaciones por la necesidad ó importancia de ellas; no tuve que dudar, quando me resolví á tomar la pluma, acerca de la materia que habia de entretener aquellos cortos momentos que me dexaban libres la multitud y gravedad de los negocios, de que me hallo agoviado despues de tantos años.

Habíame enseñado una larga experiencia, tanto en la defensa de los pleytos, como en la decision y juicio de ellos, los daños que padecian freqüentemente las partes por la arbitrariedad con que se entendian las leyes del Reyno, y se autorizaban en los juicios prácticas enteramente contrarias, ó muy poco conformes á ellas. Estos perjuicios, que sentia la causa pública, excitáron mi atencion y zelo; y emprendí, con el deseo de repararlos, escribir y publicar estos Apuntamientos prácticos para todos los trámites de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, que se empiezan, continúan y acaban en los Tribunales Reales.

Las leyes del Reyno conspiran unánimemente á evitar la indefension de las partes, y á que no sufra detrimento su justicia. Este es su voto general;

y este es el espíritu á que deben ajustarse las ordenaciones y fórmulas de los juicios, en quanto sea compatible con la diminucion y brevedad de los pleytos, que es otro de los grandes intereses de la causa pública.

La puntual observancia de lo que ordenan, y prescriben nuestras leyes acerca de los juicios, es lo que debe llevarse la primera atencion en esta parte. El admitir prácticas contrarias á sus disposiciones, es uno de los mayores abusos que han podido introducir los Autores, y el que pide mas eficaz y pronto remedio de parte de los Magistrados, por las perniciosas y trascendentales consequências que arrastra semejante transgresion.

Si la disposicion de la ley traxese en la práctica inconvenientes muy considerables, solo incumbe á los Autores el advertirlos y manifestarlos, que son los límites á que se deben ceñir sus facultades; y la parte con que pueden contribuir á su reparacion y remedio.

Quando la ley presenta obscuridad, ó falta ley que expresamente determine algun punto particular; tampoco son libres los Autores en forjar opiniones arbitrarias en aquella materia. La regla que ha de suplir por la ley en semejantes casos, ha de tomarse, ó del espíritu general de aquel ramo de legislacion, ó del particular de la misma ley, donde se tropieza con la confusion y obscuridad, ó finalmente de la utilidad pública, que ha de ser el alma de las opiniones que no tienen por apoyo la ley, por no haberse establecido sobre aquel punto.

Estas son las máxîmas y principios generales, que hubieran conseguido seguramente poner de acuer-

do

do á los Autores de Jurisprudencia práctica en sus opiniones, si en vez de extraviarse en discusiones infundadas é infructuosas, hubieran sido meditadas y desentrañadas por ellos, como era menester, para discurrir con acierto.

Pero como esto requeria un ímprobo y profundo estudio de nuestra legislacion, una penetracion sólida, y una constancia en la meditacion incontrastable, hasta superar las muchas dificultades que encierran tales materias. Y como estas prendas, por nuestra desgracia, rara vez se encuentran reunidas, por mas que su reunion sea necesaria; quanto mas se han ido amontonando escritos de Práctica civil, se ha hecho tanto mas confusa é intrincada.

Yo he hablado siempre con la ley en estos discursos, y con su espíritu, haciendo evidencia de ser tal el que deduzco de ella. He adoptado las opiniones que se conforman al espíritu de nuestras leyes, que por tanto dexarán de ser opiniones, y entrarán en la esfera de la certidumbre y de la verdad.

Y por el contrario los varios dictámenes de diferentes Autores que impugno en esta obra, aunque se hayan alzado con el título de opiniones comunes, por la muchedumbre que las ha recibido sin el debido exâmen y discernimiento; como las impugnan las mismas leyes, ó el espíritu de ellas, ó el defecto de utilidad pública; se rebaxará el concepto que tenian á un grado de improbabilidad, que no pueden ménos de caer en una total desestimacion.

Aunque no contemplo preciso traer aquí á la memoria ningun exemplo particular en confirmacion de mis anteriores proposiciones, cuya verdad se en-

encuentra estampada en cada página de este escrito; sin embargo para satisfaccion de mis lectores, quiero anticiparles aquí un convencimiento en el punto particular de los terceros opositores excluyentes, de que trata el capítulo X. de la segunda parte.

El que no debe suspenderse el curso de la causa pendiente, quando el tercero opositor introduce su demanda, ha sido la opinion mas autorizada hasta aquí, por el nombre y reputacion de los Autores que la han adoptado.

Sin embargo, investigando yo el fundamento de esta opinion en las ventajas ó desventajas que podrian resultar á la causa pública y á las partes, de conformarse ó no con ella, que son las fuentes á donde debe recurrirse á falta de ley, segun lo que dicta el espíritu de la legislacion en general; he convencido que no debiendo admitirse ninguna opinion, de cuya práctica se sigan considerables perjuicios, que podian precaverse, abrazando la contraria, de donde por el contrario se seguirian muchas utilidades; siendo de esta naturaleza la que establece deberse suspender el curso de la causa, quando interviene demanda del tercero opositor excluyente, hasta igualarse con ella, queda la primera opinion enteramente destituida de probabilidad y apoyo, como advertirá quien lea con reflexìon el citado capítulo X.

Los trámites judiciales tienen sus reglas fixas é invariables en nuestras leyes. Esta circunstancia releva de buscar mas sistema metódico para tratar de ellos del que presenta la misma correlacion y órden con que entablan, prosiguen y terminan, que es lo que yo he practicado.

IN-

ÍNDICE

DE LOS CAPÍTULOS

QUE CONTIENE ESTA OBRA.

PARTE PRIMERA.

PARTE SEGUNDA.

PARTE TERCERA.

PAR-



PARTE PRIMERA.

CAPÍTULO I.

Del origen de las leyes de España, de su valor y respectiva preferencia en las cosas de gobierno, y en la decision de los pleytos contenciosos.



1. Todos los que tuvieren oficio ó cargo de Justicia deben guardar en la ordenacion y decision de las causas, así civiles, como criminales, las leyes de los Ordenamientos y Pragmáticas contenidas en los nueve libros de la Recopilacion, aunque se diga y alegue que no son usadas, ni guardadas. Lo mismo se ha de entender en quanto á las que se hicieren y publicaren sucesivamente por los Señores Reyes de España, sin embargo de que no estén comprehendidas, ni se comprehendan en ella. Y quando los litigios ó negocios no se pudieren determinar por estas leyes, se deberá recurrir para determinarlos á los fueros, así Real ó de las leyes, como á los municipales que cada Ciudad, Villa ó Lugar tuvieren, en lo que son, ó fueren usados y guardados en

ellos, siempre que no fueren contrarios á las leyes de los Ordenamientos y Pragmáticas contenidas en la enunciada Recopilacion, ó á las que en lo sucesivo estableciesen los Señores Reyes. Á falta de las leyes y fueros mencionados, se debe echar mano de las de las siete Partidas, guardando lo que por ellas fuere determinado, aunque no sean usadas, ni guardadas, y no por otras algunas. *Ley 3. tit. 1. lib. 2. aut. 1. tit. 1. lib. 2.*

2. Es tan esencial el órden prescripto en la observancia de esta legislacion, que su inversion produciria notoria nulidad, estando como está fundado en la expresa voluntad del Soberano, y en la justicia y conveniencia pública que le motiva. Porque en lo antiguo se hallaban muchas leyes divididas y repartidas en diversos libros sin la autoridad y órden que era conveniente: algunas de ellas no estaban impresas, ni incorporadas en las otras leyes: otras corrian diminutas y equivocadas, ó por haberse sacado mal de sus originales, ó por vicio de las impresiones: sus palabras no tenian la claridad que las es tan necesaria, y aun en alguna parte parecian contrarias; y por último habia mostrado la experiencia que no podian executarse otras muchas leyes por el daño que traerian á la República, pues no habia correspondido á su establecimiento la utilidad que se deseaba.

3. Todas estas causas obligaban á tomar seria y pronta providencia, recogiendo con buen órden y claridad las leyes que se debian guardar y cumplir, para mantener en paz y en justicia el Reyno, enmendando unas y estableciendo otras.

4. Á este intento dedicáron su atencion con el mas serio y detenido exâmen diferentes Señores Reyes, como fuéron Don Fernando y Doña Juana en las leyes publicadas en Toro año de 1505., mandando guardar y executar enteramente la promulgada en Alcalá de Henares por Don Alonso el XI. en 1348., que es la 1. *tit.* 28. *del Ordenamiento de Alcalá*, con las explicaciones que contiene la que hiciéron aquellos Soberanos, que es la 3.

tit.

tit. 1. *lib.* 2.: Don Felipe II. en la Pragmática de 14. de Marzo de 1567. con la que da principio la Recopilacion: Don Felipe III. en la Pragmática hecha en Madrid año de 1610. *ley* 9. *tit.* 1. *lib.* 2.; y el Señor Don Felipe V. en los años de 1713. y 1714. *aut.* 1. *y* 2. *tit.* 1. *lib.* 2.

5. El órden y sucesion de las leyes y fueros, que se estableciéron y observáron en España, llevará mas seguramente al conocimiento de las que se deben guardar con preferencia en la ordenacion y decision de las causas. Para descubrir el orígen de estas leyes es necesario subir al tiempo en que viniéron á España los Godos, que fué á principios del siglo V. Esta valerosa Nacion con su acreditado valor y constancia se abrió paso á grandes adquisiciones, y aseguró su conservacion por medio de pactos y convenciones acordadas con los Romanos. Una de ellas fué, entre otras, que haria por sí, y á sus expensas, la guerra á diferentes Naciones bárbaras que ocupaban gran parte del Imperio de los Romanos, dexando á beneficio de estos todo quanto ganasen. Y habiendo cumplido con este pacto, desempeñando á satisfaccion sus obligaciones, los aseguráron en recompensa los Romanos en las posesiones que ya tenian en las Aldas de la Francia y de la España, añadiéndoles el señorío de la Guiena con todas sus Ciudades y otros Pueblos de consideracion que comprehendia. Marian. *Hist. de España lib.* 5. *cap.* 2. *año de* 418.

6. Esforzados los Godos con estos favorables sucesos, ya les parecian cortos los límites de su señorío, y empezáron á romperlos con deseo de extenderle á todas las Provincias de España. Sucedióles felizmente este pensamiento, y tanto adelantáron sus posesiones y dominios, que por el año de 467. ya ocupaban casi toda la España; y en el de 572. habian arrojado á los Romanos de todas las Provincias de la Bética. Marian. *Hist. de España lib.* 5. *cap.* 5. *año de* 467. *y en el cap.* 11. *año* 572.

7. Por espacio de casi un siglo desde su entrada no tuviéron los Godos otras leyes, que las costumbres que habian

traido del Norte, mejoradas sucesivamente por el trato con los Romanos. El primero, á quien sabemos mereciese algun cuidado la legislacion, fué Eurico, padre de Alarico, que empezó á promulgar algunas leyes, segun resulta de un testimonio de San Isidoro. El Breviario, que de órden de Alarico dispuso su Ministro Aniano á principios del siglo VI., se componia de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano con las sentencias de Cayo y Paulo; y miraba principalmente á los Romanos recien sujetados, quienes no hubieran llevado con paciencia se borrase la memoria de sus leyes.

8. Pero acabada del todo la conquista, habiendo faltado con ella los motivos que habia ántes de contemporizaciones, era consiguiente pensasen en recoger las leyes que desde Eurico habian ido publicando, y en establecer las que faltasen para componer una legislacion uniforme, y que sirviese para todos los vasallos de su Imperio.

9. Verificóse con efecto así, ó en tiempo de Sisenando, á quien comunmente se atribuye la primera formacion del Fuero Juzgo, ó en el de Receswinto y octavo Concilio Toledano. Desde entónces cesáron ya del todo las leyes Romanas; y para remover toda duda en un punto tan capital del gobierno, se hiciéron especiales declaraciones, prohibiendo siempre que se tuviesen por leyes, ni se alegasen como tales en los juicios, y mandando que los Jueces se gobernasen por las contenidas en aquel Código, llamado por este respecto en el idioma Latino en que se escribió, *Forum Judicum*, y despues en las traducciones Fuero de Jueces, y por último Fuero Juzgo.

10. Esta coleccion tuvo sus adicciones y reformas; como lo manifiestan las muchas leyes que comprehende de los Monarcas posteriores hasta Egica, que segun el testimonio de nuestros Historiadores le dió la última mano, valiéndose para ello de los Padres del Concilio Toledano XVI.

11. Mereció mucha veneracion en su tiempo este Có-

Código de leyes, que fuéron las primitivas de España, y se observáron con la mas escrupulosa exâctitud, así por la justicia y equidad que contenian, como por haberse exâminado tantas veces con la mas seria y detenida reflexîon por los Prelados y otras personas de grande autoridad y sabiduría, que asistiéron á los Concilios Toledanos; diligencia que por sí sola ponia en gran crédito y estimacion las leyes que se publicaban con este acuerdo.

12. Con la irrupcion de los Moros, ocurrida por el año de 713., se turbó el estado de paz y tranquilidad que gozaban los Godos; y derrotado con su exército Don Rodrigo, que fué el último Rey de estos, lográron aquellos ocupar la mayor parte de la España con muy rápidos progresos en su conquista, quedando entre los mismos Moros gran parte de los Christianos, unos en calidad de esclavos y otros libres. En este tiempo continuáron los Católicos usando del Oficio Eclesiástico, que en el Concilio IV. Toledano se encargó á San Isidoro, y lo compuso y reduxo á buena forma; y de este uso tomó desde entónces dicho Oficio el nombre ó título de Muzarabe, porque habian usado de él los Católicos, estando mezclados con los Árabes. Saavedra *Coron. Goti. cap.* 21. *pág.* 165.

13. De aquí puede inferirse, que usarian igualmente estos mismos Christianos, y aun con mayor razon por haber ménos inconveniente de parte de los Moros, de las leyes, usos y costumbres contenidas en el libro del Fuero Juzgo.

14. Otra gran parte de los Godos se retiró á las Asturias, y conservó con mayor libertad sus leyes primitivas, fueros y costumbres de este libro del Fuero Juzgo, y las continuáron y extendiéron en los Pueblos que iban recobrando de los Moros, añadiendo otras muchas que se conformaban con el espíritu y disposiciones de las primitivas; y llegó su observancia en varias partes hasta el siglo XIII., con expresa declaracion de que se guardasen en el gobierno y decision de las causas, sin que se halle ley,

ley, fuero ni otro establecimiento alguno que derogase ni anulase por lo general las enunciadas leyes del Fuero Juzgo, como se convence con los autorizados documentos que produce el Autor del informe sobre pesos y medidas de la Imperial Ciudad de Toledo.

15. El segundo Código de las leyes fundamentales de Castilla comprehende los fueros que dió el Conde Don Sancho García, por los años de 995. hasta el de 1000., llamados unas veces Fueros de Castilla, y otras Fueros de las fazañas ó albedríos, usos y costumbres de Castilla, porque se iban uniendo á los primitivos fueros de este establecimiento las sentencias que daba el Rey y sus Tribunales de Justicia, conocidas en aquel tiempo con el nombre de fazañas; y por ser conformes á los usos y costumbres observadas en Castilla, se guardaban estas sentencias en los libros de la Cámara del Rey, y servian de leyes para la determinacion de las causas en casos semejantes.

16. Á estos fueros primitivos se fuéron añadiendo otros en los tiempos posteriores, y se reuniéron todos con el famoso Ordenamiento de las Cortes de Alcalá, el año 1348., comprehendiéndose en la coleccion que de todos ellos mandó hacer el Rey Don Pedro llamado el Justiciero, y que diéron á luz los Doctores Aso y Rodriguez en el año de 1771.

17. Su observancia fué general en todos los Pueblos correspondientes al estado de Castilla la Vieja, con la sola intermision ó suspension de los diez y siete años que mediáron desde que el Rey Don Alonso X., con deseo de hacer uniforme la legislacion para el gobierno y decision de las causas en el Tribunal superior de justicia, dió y publicó el Fuero Real en el año 1255., hasta que por el mismo Don Alonso fuéron restituidos á su antigua observancia. Porque llegó á tanto el descontento que manifestáron los Castellanos ricoshomes é hijosdalgo, por el despojo que padecian con este nuevo Fuero Real de las exênciones y privilegios que gozaban por sus antiguos

fue-

fueros, señaladamente por los establecidos en las Cortes de Náxera año de 1128., y fuéron tales las reclamaciones de sus antiguos fueros, que finalmente moviéron al expresado Rey Don Alonso á que se los volviese y reintegrase, como así lo determinó en el año de 1272., continuando desde entónces la observancia de los fueros antiguos de Castilla, generales y municipales, de los que se hace especial memoria en las Cortes de Alcalá del citado año 1348. Doctor Aso *en el Discurso Preliminar del Fuero Viejo de Castilla pág. 2. á la 10. y en la 29. á la 32.* con las notas é ilustraciones que refiere, y en las notas del mismo Autor á la *ley 1. tit. 28. del Ordenamiento de Alcalá que publicó año 1774. pág. 70. y 71.*

18. Pero es de notar, que como la reclamacion del Fuero Real se hizo únicamente por los Castellanos, siendo de consiguiente limitada su revocacion para satisfacer á las quejas de estos, restituyéndoles sus antiguos fueros, continuó la observancia de dicho Fuero Real del Rey Don Alonso X. en los demas Pueblos de su Estado.

19. Y como se notasen en este Fuero Real algunos defectos esenciales, dudas y contrariedades, se enmendáron con las advertencias ó declaraciones llamadas Leyes de Estilo, y autorizadas por el mismo Rey Don Alonso; por cuyos respectos deben considerarse como partes esenciales del mismo Fuero Real, y con la propia calidad en su observancia.

20. Hasta este tiempo, y desde que empezáron las conquistas de España con la expulsion de los Moros que la ocupaban, concedian con freqüencia los Soberanos á los Pueblos, que iban adquiriendo, los respectivos fueros de poblacion, que llamaban entónces *Cartas pueblas*, á los quales, y á otros que segun las ocurrencias les concedian tambien en forma de merced ó privilegio, arreglaban su gobierno y la decision de sus causas.

21. Otros fueros acostumbraban conceder los mismos Reyes á las Capitales, con extension á todos los Pueblos de su jurisdiccion ó departamento, como fuéron los de

de Sepulveda, los de Toledo, Escalona y otros; y aunque estos recibian en su concesion mayor amplitud de territorio, quedaban siempre limitados y en la clase de municipales, porque no llegaban á ser leyes generales del Estado.

22. Las que se estableciéron y publicáron con este respecto universal para todo el Reyno, fuéron las leyes de las siete Partidas, mandadas observar como tales en las citadas Cortes de Alcalá del año 1348., desde cuyo tiempo han merecido la observancia general.

23. En estas Cortes, y en las posteriores que se celebráron en los respectivos reynados, se mejoró y adelantó considerablemente la legislacion de España, acordándose en las mismas Cortes, á peticion de los Procuradores del Reyno que concurrian á ellas, las leyes necesarias y convenientes al mejor gobierno y tranquilidad pública. Los Señores Reyes Católicos Don Fernando y Doña Isabel en las Cortes que celebráron en Madrigal á 27. de Abril de 1476., en las de Toledo de 1480., y en las de Madrid de 1482. estableciéron y publicáron un considerable número de buenas leyes, y arregláron últimamente el quaderno de las Alcabalas, en 10. de Diciembre de 1481.

24. Todas estas ordenanzas, y otras que habian formado tambien en este intermedio los Señores Reyes Don Henrique II., Don Juan I., Don Henrique III., Don Juan II. y Don Henrique IV., andaban dispersas las mas de ellas sin imprimirse, y pedian de necesidad que se reuniesen y recopilasen en un quaderno con buen órden, exâctitud y pureza, formando un cuerpo de todas ellas, y de las anteriores comprehendidas en la coleccion del Rey Don Pedro, en que se incluían las de las Cortes de Alcalá de 1348.; pero anticipándose á disponer esta obra el Doctor Alfonso Diaz de Montalvo, impresa en Sevilla el año 1492., no correspondió su crítica y diligencia al cuidado que pedia su importancia, y así á poco tiempo se descubriéron en ella muchos defectos substanciales, y se

se reclamó su enmienda en las Cortes de Valladolid de 1523. y en las de Madrid de 1534. Doctor Aso *en la introduccion al derecho de España pág.* 47. *y* 50. Salon de Paz *ad leg. Taur. in Relection. leg.* 1. *n.* 275. *y* 276.

25. Poco ántes, esto es, en el año de 1505., el Rey Don Fernando y su hija Doña Juana habian publicado en las célebres Cortes de Toro las 83. leyes, conocidas por esta denominacion; cuya utilidad es bien notoria, y está bien recomendada, no solo en los Comentarios que sobre ellas escribió Antonio Gomez, sino tambien en las últimas disposiciones del Consejo, en que ha mandado establecer cátedra para explicarlas en las Universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá, distinguiendo esta enseñanza con la prerogativa de que sirva á los cursantes por uno de los quatro años de práctica, que son necesarios para entrar á exâmen de Abogado en el Consejo.

26. Excitado sin duda Cárlos V. de las zelosas insinuaciones de las Cortes de Valladolid y Madrid contra el Ordenamiento de Montalvo, dió las mas oportunas providencias para que se formase de nuevo una recopilacion de leyes, enmendando y quitando lo que fuese superfluo, y añadiendo lo que fuese conveniente; y condescendiendo S. M. á las súplicas que le habian hecho los Procuradores de estos Reynos en Cortes, y algunas otras personas zelosas del bien y beneficio público, como se indica en la Real Pragmática del Señor Don Felipe II. de 14. de Marzo de 1567., con que da principio la nueva Recopilacion, encomendó esta obra el mismo Emperador Cárlos V., con acuerdo de los de su Consejo, al Doctor Pedro Lopez de Alcocer, y por su muerte se continuó la comision al Doctor Escudero, de su Consejo y Cámara, y se fué repitiendo el mismo encargo por el Señor Don Felipe II. á Pedro Lopez de Arrieta y Bartolomé de Atienza, ámbos del Consejo, y se logró concluir y perfeccionar esta grande obra, dándola al Público con las exâctas correcciones y enmiendas, que

hiciéron dichos comisionados en sus respectivos tiempos, reconocidas y aprobadas por el Consejo.

27. En esta nueva Recopilacion publicada, como se ha dicho, en el año de 1567., y en la última de 1772. y 1775. se incluyéron las leyes establecidas en este intermedio, y consideradas como útiles y necesarias para el mejor gobierno y felicidad de estos Reynos.

28. Tambien se mandó formar otro tomo, igual á los dos en que se recopilan las leyes, comprehendiendo en este tercero por el mismo órden y distribucion de títulos y libros muchas Pragmáticas, consultas resueltas, cédulas Reales, decretos y autos acordados que se han aumentado hasta el año de 1745. y forman un cuerpo de legislacion muy recomendable; y aun se ha reservado formar otro tomo separado del gran número de decretos, cédulas Reales y autos acordados que han salido desde el citado año de 1745. segun consta al fin de la advertencia, con que empieza el tomo de autos, impreso el año de 1775., cuya nueva coleccion está cerca de verificarse.

29. He referido los cuerpos y colecciones de las leyes de España por el órden de su establecimiento y antigüedad, porque sin este conocimiento instructivo no seria fácil discernir la superior autoridad de las leyes en el órden con que deben observarse, y la calidad y uso que debe alegarse y probarse en alguna de ellas.

30. Las comprehendidas en la novísima Recopilacion ocupan el primer lugar y preferencia, y obligan á ordenar y decidir las causas por ellas, como literalmente se expresa y dispone en la *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2.

31. Esta prelacion, y la que deben tener en el propio lugar y órden las demas leyes, que acuerden y publiquen los Reyes sucesores, se funda en que con el tiempo y la experiencia, y con la variacion de los usos y costumbres, á que deben acomodarse las leyes, para asegurar los fines de la tranquilidad y beneficio público, se mejoran sus establecimientos por la potestad Real, y se en-

enmiendan y corrigen los antiguos, ó se declaran en las dudas que contengan, como lo manifiesta la misma Real Pragmática de 15. de Marzo de 1567.

32. Las leyes reciben todo su valor de la boca del Soberano, y con la publicacion llegan á los vasallos con la mas eficaz obligacion de ser obedecidas, guardadas y cumplidas. Ningun influxo tiene en la ley por su esencia y por sus efectos la aceptacion del Pueblo; pues ni la puede resistir, ni dexar de obedecerla. Aristot. *Ethicor. lib.* 10. *cap.* 9., ibi: *Igitur patris quidem præceptio vires non habet, neque necessitatem, neque ullius omnino unius viri, nisi sit Rex, aut aliquis talis. Lex autem vim habet cogentem, quæ quidem est sermo ab aliqua prudentia, atque mente profectus.* Div. Thom. 1. 2. *q.* 90. *art.* 3. *et* 4. Div. August. *in lib. de Vera Religion. cap.* 31. Suarez *de Legib. lib.* 3. *cap.* 19. Van-Espen *in tractat. de Publicat. legum. part.* 1. §. 1. *et* 2. *vers. final.*

33. El uso contrario, aunque sea de todo el Pueblo, y aun de todo el Reyno en las leyes generales, no las debilita, ni deroga, aunque continuase por millares de años: porque la potestad de establecer leyes está privativamente en el Príncipe, y en la misma ha de estar necesariamente su revocacion. Los vasallos son notoriamente inferiores, y solo les toca obedecer al Soberano, pero no enmendar ni reformar sus establecimientos; pues si se les permitiese la potestad y autoridad de alterarlos y revocarlos, vendriamos á reconocer en el Pueblo una superioridad incompatible con la soberanía del Príncipe: opinion que lleváron los Monarcomacos, queriendo reservar en el Pueblo una potestad Real superior á la personal que conceden al Príncipe; sentencia á la verdad detestable, capaz de producir sensibles turbaciones en la Monarquía.

34. El uso del Pueblo, aunque sea contrario á la disposicion de la ley, no llega por sí á formar lo que se llama costumbre, ni esta adquiere el valor de ley por efecto del uso precedente, por mas largo que fuese, y ne-

necesita, como de la parte esencial y primitiva, del consentimiento y voluntad del Rey; viniendo á concluir por estos principios que solo el Autor de la ley, conforme la estableció por su voluntad, la deroga por la misma causa, sin que haya otra diferencia que la accidental de ser expresa y manifiesta en el establecimiento de la ley, y ser tácita, pero igualmente cierta y notoria en su revocacion, sirviendo solo el uso y costumbre de los Pueblos de un testimonio, que llegando á noticia del Soberano, califica no ser útil ni conveniente la precedente ley que habia establecido, y que faltándola el primitivo objeto del beneficio público, se inclina y determina por su nativa voluntad y autoridad á derogar la ley, y á disponer que se observe y guarde como tal lo que por experiencia y uso de largo tiempo se considera de mayor utilidad y conveniencia. *Ley* 5. *tit.* 2. *Part.* 1.: "E tal »pueblo como este, ó la mayor partida del, si usaren »diez ó veinte años á facer alguna cosa, como en mane»ra de costumbre, sabiéndolo el Señor de la tierra, é no »lo contradiciendo, é teniéndolo por bien, puédenla fa»cer, é debe ser tenida, é guardada por costumbre:" *ley* 3. *dich. tit. y Part.* 1., ibi: "La quinta, si se face por »mandado del Señor que ha poder sobre ellos, ó de acuer»do que ellos hayan entre sí, entendiendo que viene »ende gran pró, luego consintiéndolo el Señor, y pla»ciéndole."

35 Esta es la razon sólida en que se funda la citada *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.* para no hacer mérito del uso, aceptacion, ó guarda de las leyes, declarando abiertamente, que el no haberlas usado ni guardado, no puede impedir ni debilitar la fuerza y obligacion de que se haya de juzgar por ella, *ibi*: "No embargante, »que contra las dichas leyes de Ordenamientos, y Prag»máticas se diga, y alegue que no son usadas, ni guar»dadas."

36 Las que se contenian en el libro del Fuero Juzgo, en los del Fuero viejo de Castilla, y en los del Fue-
ro

ro Real, publicados por el Señor Rey Don Alonso X., que se han distinguido por su orígen y tiempos, tenian todas las calidades y fuerza de leyes, y obligaban de consiguiente á su observancia, sin necesidad de alegar, ni probar su uso ni execucion; pues habiéndose comprehendido en el Ordenamiento de las acordadas en las Cortes de Alcalá, reformado y publicado de nuevo de órden del Rey Don Pedro, segun queda advertido, recibiéron esta nueva confirmacion de igualdad en todas sus partes y condiciones; y la misma han conservado en las colecciones posteriores.

37. Las que se hayan quedado de aquellos libros sin incluirse en los de la nueva Recopilacion, si fuesen contrarias á estas, se tendrán por derogadas y sin efecto alguno; y en las demas que no tuviesen contrariedad á las leyes posteriores, mantendrán su antiguo valor y obligacion para los casos que no puedan juzgarse por las enunciadas leyes posteriores.

38. Las de las Partidas, publicadas en las Cortes de Alcalá del año 1348., tendrán el tercer lugar y grado entre las leyes Reales, sin necesidad de alegar, ni probar el uso que hayan tenido.

39. Los fueros municipales, que cada Ciudad, Villa ó Lugar tuviere, tienen preferencia á las leyes de Partida, alegándose y probándose primeramente como parte y condicion esencial, que ha de elevar el fuero á la clase de ley privada y municipal, el uso que haya tenido y tenga en el tiempo en que se quiere juzgar por él: y esto es lo que literalmente dispone la citada *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. "Como las de los fueros municipales que cada »Ciudad, ó Villa ó Lugar tuvieren en lo que son, ó fue»ren usados, y guardados en los dichos Lugares.

40. Esta diferencia de exîgirse como parte esencial el uso de estos fueros municipales, para que obliguen y mantengan la fuerza de ley privada y apartada, consiste en que fuéron dados al tiempo de la poblacion, ó despues por merced y á manera de privilegios á beneficio de los po-

pobladores, y los mas extraidos en tiempos de necesidad y opresion; y es conforme á la naturaleza de todo privilegio, en que se contiene una gracia especial del Rey, que se haya recibido y usado; pues no observándole por tiempo de diez años, ó por el de treinta, segun la calidad de la gracia desde su concesion, cadúca y no se adquiere: y aunque se usase en algun tiempo, si en los posteriores se dexó de usar por el de treinta años, se pierde, y no puede obligar en lo sucesivo, porque se entiende que le quisiéron renunciar los pobladores y agraciados, teniendo á mejor partido sujetarse á las leyes generales. *Ley* 42. *tit.* 18. *Part.* 3. *ley* 3. *tit.* 7. *Part.* 5.

41. Ademas del uso que deben probar los que se fundaren en los fueros municipales, ha de concurrir otra condicion igualmente esencial para que se observen en los juicios, qual es la de no estar revocados, ni alterados por las leyes de Ordenamientos y Pragmáticas contenidas en la Recopilacion, ó en las que acuerden y publiquen los Reyes sucesores. Esto es conforme á la letra de la citada *ley* 3. "Y no fueren contrarias á las dichas le-»yes de Ordenamientos, y Pragmáticas de este nuestro li-»bro, así en lo que por ellas está determinado, como »en lo que determinaremos adelante, ó por algunas leyes »de Ordenamientos, y Pragmáticas de los Reyes que de »Nos vinieren, ca por ellas es nuestra intencion, y vo-»luntad que se determinen los dichos pleytos y causas, »no embargante los dichos fueros, y usos, y guarda de »ellos."

42. Por estos principios se demuestra, que los fueros municipales en ningun caso tienen lugar de preferencia con las leyes recopiladas, y únicamente ocuparán su graduacion anterior á las de Partida, en lo que aquellos sean usados y guardados.

43. De las leyes de los fueros, ó del libro de las leyes, (pues de una y otra expresion se usa freqüentemente para señalar el Fuero Real que acordó y publicó el Señor D. Alonso X. el año de 1255., para el gobierno

su-

superior y decision de los pleytos de los Pueblos y Concejos de Castilla la Vieja, y los demas que con este título se comprehendian en su dominio) han tratado largamente nuestros Autores prácticos en la exposicion ó Comentarios de la *ley* 1. *de Toro* y de la *ley* 3. *tit.* 2. *lib.* 1. *de la Recop.* y en otros diferentes lugares de sus obras. Entre las dudas que han excitado, es una muy principal, la de si las leyes de este Fuero Real han de obligar por solo su establecimiento, ó es necesario que se pruebe el uso que hayan tenido y tengan, sin exceder sus límites, como se dispone y manda en los fueros municipales: de manera que estos y los fueros de las leyes sean uniformes en la necesidad de probar su uso, correspondiendo hacerlo á las partes que las aleguen, y funden en ellas su intencion.

44. Por la uniformidad de estas circunstancias en unos y otros fueros, se han decidido en sus opiniones muchos y graves Autores. Paz *ad leg. Taur. in leg.* 1. *n.* 28. Anton. Gom. *en la misma ley n.* 1. Aceved. *in leg.* 3 *tit.* 1. *lib.* 2. *Recop. n.* 4. Suar. *in prœm. For. Reg. n.* 1. *cum aliis ibidem relatis.*

45. Fúndanse lo primero en la disposicion literal de la citada *ley* 3. *tit.* 1. *lib. de la Recop.* en la que, despues de insertar la *ley* 1. *tit.* 28. *del Ordenamiento de Alcalá*, hecha por el Señor Rey Don Alonso XI. año de 1348., aprobándola y confirmándola, distribuye con mayor claridad su disposicion en tres partes. Por la primera manda, que los pleytos y causas, así civiles, como criminales, se determinen por las leyes de los Ordenamientos y Pragmáticas hechas por el mismo Rey Don Alonso, y por los Reyes donde él venia, contenidas en el libro de aquel Ordenamiento, y por las que hicieren los Reyes sus sucesores. Para la guarda y efectivo cumplimiento de estas leyes, que han de tener siempre el primer lugar en la ordenacion y decision de las causas, no es necesario alegar, ni probar el uso que haya tenido, como literalmente se dispone en la cláusula: "No embargan-
"te

»te que contra las dichas leyes de Ordenamientos, y Prag»máticas se diga, y alegue que no son usadas, ni guar»dadas."

46. En la tercera parte de la citada ley se colocan las de las Partidas publicadas en aquellas Cortes de Alcalá, repitiendo la misma clásula: "Aunque no sean usadas, ni »guardadas."

CAPÍTULO II.

Del estudio de las leyes.

1. Refiriendo el Señor Rey Don Alonso XI., en la Pragmática del año de 1348., las eminentes prendas y calidades de que deben estar adornados los Jueces, cuenta por una de las mas principales entre ellas, la de que "hayan sabiduría para juzgar los pleytos derechamente por »su saber, y por su seso;" *ley* 1. *tit.* 9. *lib.* 3. La misma sabiduría piden las leyes de Partida para que puedan "juzgar los pleytos derechamente por su saber, ó por »uso de luengo tiempo;" *ley* 3. *tit.* 4. *Part.* 3.

2. Pero estas leyes ni determinan la sabiduría que deben tener los Jueces letrados, ni el tiempo en que la hayan de adquirir, ni ménos las pruebas que deben dar de ella, ántes de nombrarlos para los oficios de justicia. En este punto hay una variedad muy esencial entre las mismas leyes, y es necesario combinarlas por el órden y tiempo en que se estableciéron, notando las mayores prevenciones que la experiencia hizo conocer ser necesarias en un negocio de tan grande importancia.

3. Los Señores Reyes Católicos, en la Real Pragmática de 6. de Julio de 1493., mandáron que ningun Letrado pueda haber, ni haya oficio, ni cargo de justicia, sino constare por fe de los Notarios de los estudios, haber estudiado en los de qualquier Universidad de estos nuestros Reynos, ó de fuera de ellos, y residido en ellos estudiando Derecho Canónico ó Civil, á lo ménos por

por espacio de diez años. *Ley 2. tit. 9. lib. 3.*

4. Fundados en la disposicion de esta ley, infiero yo que los graduados de Licenciado, ó Doctor en las Universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá, con solo exhibir sus títulos en el Consejo, piden, y se les concede habilitacion para usar y exercer el oficio de Abogado, y de consiguiente el de Juez; pues siendo necesario, segun Gomez *in leg. Taur. nn.* 7. 8. *y* 9., por los estatutos de Salamanca, que en la mayor parte se observan en las otras dos Universidades, residir y estudiar en ellas por tiempo de cinco años para recibir el grado de Bachiller, y otros cinco para el de Licenciado, acreditan con su presentacion el estudio de los diez años en Derecho Canónico ó Civil, que es lo que pide la ley para tener oficio y cargo de justicia.

5. Esta práctica ha tenido en el Consejo mucho auxîlio y proteccion, y se ha tolerado y continúa en el dia, sin embargo de las muchas Leyes Reales y autos acordados, que obligan á que los Letrados hayan estudiado, y tengan sabiduría y experiencia de las leyes de la Recopilacion, de los fueros, en lo que estén en uso, y de las leyes de Partida, para ordenar y decidir por ellas, y no por otras algunas, las causas, así civiles, como criminales; pues saliendo de las mismas Universidades muchos Ministros y Fiscales que pasaban á servir estos oficios á los Tribunales de las Audiencias y Chancillerías, era indispensable que el Consejo y la Cámara los considerase suficientemente instruidos con solo el estudio del Derecho Canónico ó Civil, para llenar cumplidamente las graves obligaciones de tan altos ministerios, sin que les hiciese falta el estudio y práctica de las Leyes Reales, que no podian adquirir en las Universidades, por no enseñarse en ellas.

6. Ya se compadecia en su tiempo el político Bobadilla, y lo hacian tambien otros, de los daños y perniciosas conseqüencias que traían á la causa pública las elecciones, que se hacian de personas de poca sabiduría y

experiencia, para los oficios de justicia en las Audiencias y Chancillerías. Bobadilla *lib.* 1. *cap.* 6. *nn.* 17. *y* 19. "Tampoco, dice, la dicha Premática se puede traer á »conseqüencia para la eleccion de Alcaldes, ó Oidores de »las Audiencias Reales y Consejos, porque en estos por »la mayor calidad de los negocios árduos, y suficiencia »y experiencia necesaria para la determinacion de ellos, »requierese mucho mas tiempo de estudio: aunque ya »hemos visto proveerse á estas plazas hombres de poca »edad y estudios, no sin gran nota de quien los represen- »tó, calificó y antepuso para ellas."

7. Los Romanos estimáron suficiente el estudio del Derecho civil por cinco años para exercer los oficios de Abogado y Juez. Gomez *in leg.* 6. *Taur. n.* 4. *in fin.* Bobadilla *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 21.; pero como lo hacian en sus leyes patrias, podian con ménos tiempo tomar mayor instruccion, que nosotros con el de diez años, que señaló la citada Pragmática de 6. de Julio de 1493., por mas bien que se empleen en el estudio de unos Derechos, que han dexado de serlo en España, y solo sirven de ilustrar los conocimientos preliminares de la justicia en quanto se ayudan de la autoridad y del Derecho natural. *Aut.* 1. *tit.* 1. *lib.* 2.

8. El Señor Felipe V. y el Consejo, que conocian bien lo que importaba mejorar los estudios de las Universidades con la asignacion de la enseñanza del Derecho Real, repitiéron en diferentes tiempos, y en especial desde el año de 1713., las mas estrechas órdenes y providencias para que en las escuelas de las Universidades mayores de España, y tambien en las menores, en lugar del Derecho de los Romanos, se restableciese la lectura y explicacion de las Leyes Reales, asignando Cátedras en que precisamente se hubiese de dictar el Derecho patrio, mediante que por él, y no por el de los Romanos, se deben substanciar y juzgar los pleytos. Y se previno ademas á los que regentasen las Cátedras, que sin faltar al estatuto y asignacion de ellas, en quanto á

la

la enseñanza de los Cánones y Leyes, explicasen tambien el Derecho Real, exponiendo las leyes patrias pertenecientes al título ó materia que explicasen, tanto las concordantes, como las contrarias, modificativas ó derogatorias. *Aut. 3. tit. 1. lib. 2.*

9. El deseo de que se cumpliesen estas laudables disposiciones era muy propio del zelo de S. M. y de la sabiduría del Consejo; pero no era fácil que correspondiese el efecto: porque para esto necesitaban, ademas de la instruccion en el Derecho de los Romanos, un vastísimo estudio de las Leyes Reales, que no es comun en los Catedráticos, y que solo puede adquirirse en los Tribunales con una constante aplicacion de muchos años, substanciando y determinando pleytos; y así hizo conocer la experiencia el ningun fruto de aquellas oportunas disposiciones, que ni se han observado, ni es posible que se observen, especialmente en aquellas Universidades, que por la corta dotacion de sus Cátedras son miradas como medio y paso, que proporciona á sus regentes otros empleos mas ventajosos en la Iglesia, ó en el ministerio secular.

10. En los nuevos planes que formó el Consejo, y se comunicáron con aprobacion de S. M. á las Universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá, se tuvo particular consideracion á que se cumpliesen en lo posible los deseos tantas veces indicados, de que en ellas tomasen los profesores, sin desviarse del estudio del Derecho Civil de los Romanos y del Canónico, alguna instruccion de las leyes del Reyno.

11. Á este fin se destináron en Salamanca dos Cátedras con igual título de Prima de leyes á la enseñanza del Derecho Real. En la una se explican diariamente por espacio de hora y media las leyes de la Recopilacion; y en la otra por igual tiempo las de Toro por los Comentarios de Antonio Gomez; pero esta enseñanza aprovecha poco, ó á lo ménos no llena todo el deseo explicado en las repetidas providencias del Señor Don Feli-

pe V. y del Consejo, así por ser limitada la instruccion que se dá á los profesores por estos volúmenes, como por no poder explicar los mismos Catedráticos las intrincadas dudas y dificultades, que ocurren con freqüencia en los juicios y pleytos, tanto en la substancia, como en el modo de proponer las acciones, introducir los recursos, ordenar los procesos, y dar las sentencias interlocutorias ó difinitivas segun su estado y naturaleza: porque solo pueden ensayarse en andar con acierto los caminos llenos de espinas y obscuridades, que preparan las partes interesadas, los que ocupan mucho tiempo y estudio en los Tribunales, observando diariamente sus resoluciones.

12. Este conocimiento obligó á estrechar el estudio práctico de las Leyes Reales, pues ademas de las providencias tomadas muy de antiguo, para que los profesores del estudio de las Universidades lo hiciesen con Abogado conocido, se tomáron otras que aseguran su aprovechamiento con el exâmen y aprobacion del Consejo, Chancillerías y Audiencias. *Ley. 10. y 11. tit. 5. lib. 3.: ley 53. tit. 4. lib. 2. aut. 16. tit. 2. lib. 3. cap. 7.*

13. Á las referidas disposiciones se añadiéron otras de grande utilidad, reducidas á que todos los profesores, que viniesen á tener la práctica en Madrid, hayan de asistir necesariamente un curso completo á la Cátedra de Derecho natural de los Reales Estudios de San Isidro (decreto del Consejo acordado en 4. de Diciembre de 1780.); y que así estos, acreditando el enunciado requisito ademas de los quatro años de práctica, como los que viniesen de fuera á exâminarse en el Consejo, lo sean primero por el Colegio de Abogados (decreto del Consejo de 17. de Julio de 1770.), y con certificacion de los indivíduos que para este fin están nombrados, en que acrediten la suficiencia de teórica y práctica, exercitan en el Consejo, y se procede á su exâmen. Con estas dos precauciones queda mas afianzado el concepto de la instruccion y suficiencia de los que han de ser Letrados y Jue-

ces, reuniendo los conocimientos preliminares del Derecho Civil de los Romanos y del Canónico que se estudian en las Universidades con los de las Leyes Reales, que son las reglas precisas que se han de observar en la ordenacion y decision de las causas.

14. La misma disposicion de 17. de Julio de 1770., en que se mandó precediese el exâmen del Colegio de Abogados de Madrid, en los que se hubiesen de exâminar y recibir por el Consejo, se extendió y mandó guardar en las Chancillerías y Audiencias del Reyno, por Real Provision de 7. de Agosto del mismo año de 1770.

15. Ni en los quatro años que deben emplearse en el estudio de la práctica, ni aun en otro término mucho mas dilatado, podrán los profesores adquirir la instruccion conveniente para el gobierno y direccion de los pleytos en los Tribunales, siendo tan abultados los volúmenes que ocupan las Leyes Reales de la Recopilacion, Autos acordados, Partidas y Fueros, y tantas las dificultades que ordinariamente se presentan en la ordenacion de las instancias y recursos, que se introducen en los Juzgados. Para esto es necesario que los Letrados y Jueces hagan un estudio constante y reflexîvo en los casos y circunstancias que ocurren, no solo de las enunciadas Leyes Reales, sino tambien de otros muchos ramos, que son necesarios y convenientes para su mejor y mas clara inteligencia, por la que les dá la antigüedad y la Historia, la observancia de los Tribunales superiores, y la que ha tenido la Iglesia en su disciplina.

16. El tiempo me ha convencido con repetidas experiencias de la ignorancia, en que me hallaba de las materias mas principales para la administracion de justicia, y señaladamente en las de gobierno público, sin embargo de que me parecia haber adquirido en la Universidad de Salamanca los conocimientos mas exâctos del Derecho Civil y Canónico, enseñándolo por algunos años, y desempeñando los actos literarios en las oposiciones á Cátedras y otros, y en las que hice tambien á Prebendas

de

de oficio de algunas Catedrales de estos Reynos; pues ni la instruccion de estos estudios preliminares, ni la que me dió la práctica y exercicio de 17. años de Abogado en los Tribunales de la Corte, alcanzaban á desempeñar las graves obligaciones de los ministerios, con que se dignó S. M. honrar mi corto mérito en las plazas de Alcalde de Casa y Corte, del Consejo de Hacienda, del Consejo y Cámara de Castilla, y del Gobierno de estos Tribunales.

17. Conociendo en fuerza de todo la necesidad de unir la teórica del Derecho de los Romanos, del Canónico y de las Leyes Reales con la práctica y uso de las acciones y recursos; y que esta no puede fácilmente adquirirse si no con la ordenacion y decision de los procesos y causas, empezé á formar estos Apuntamientos prácticos, reducidos por ahora á las causas civiles contenciosas, y á los recursos extraordinarios, con el fin de facilitar á mis hijos la instruccion conveniente á llenar sus obligaciones en los ministerios, con que la piedad del Rey se dignase honrarlos.

CAPÍTULO III.

De la demanda civil y sus partes.

1. El medio que me ha parecido mejor, para proceder con toda claridad en esta materia, es el de proponer un exemplo de la fórmula ó libelo en que se contiene una demanda civil con todas sus circunstancias, qual es la del tenor siguiente:

N. en nombre, y en virtud de poder que en debida forma presento, de N. vecino de N., como mejor proceda, digo: Que condescendiendo mi parte á las instancias de N. de la propia vecindad, le entregó en calidad de préstamo 10∂. reales de vellon, y se obligó á pagarlos á dicha mi parte en dos plazos, que cumplirán, el primero en fin del mes de Junio del año próxîmo de 1781.; y el segundo en fin de Diciembre del propio año;

año; y aunque han pasado uno y otro plazo, no ha pagado á dicha mi parte los enunciados 10∂. reales, sin embargo de las atentas insinuaciones y oficios que á este fin le ha hecho. En esta atencion:

Suplico á Vmd. que habiendo por presentado el referido poder, se sirva mandar que el nominado N. dentro del breve término, que tenga á bien señalarle, pague á dicha mi parte los enunciados 10∂. reales de vellon, que le está debiendo por la causa expresada, condenándole á que así lo execute, y procediendo para ello contra su persona y bienes por todo rigor de derecho; por ser justicia que pido con costas, y juro lo necesario, &c.

El escrito antecedente contiene todas las partes esenciales de una demanda; y su legitimidad y valor se demostrará por su órden.

2. *En virtud del poder.* Es regla autorizada por las leyes, que ninguno puede demandar en juicio á nombre de otro sin su mandato y poder. La 2. *tit.* 3. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo* dice: "El Juez deve demandar primera„mente á aquel que se querella, si es el pleyto suyo, ó „ageno; é si dixese que es ageno, muestre como mandó „que se querellase aquel cuyo era el pleyto." La 10. *titul.* 5. *Part.* 3. se explica en los mismos términos: "Nin„gun ome non puede tomar poder por sí mismo, para „ser Personero de otri, nin para facer demanda por él „en juicio, sin otorgamiento de aquel cuyo es el pley„to." *Ley.* 20. *y* 27. *del mismo tit. y Part.*: *ley.* 2. *y* 3. *tit.* 2. *lib.* 4.: *ley* 5. *tit.* 17. *lib.* 2. *de la Recop.*: *ley* 55. *tit.* 1. *lib.* 3. *ibi*: "Mandamos que los dichos Escrivanos „no resciban peticion alguna de Procurador, sin que el „tal Procurador traiga poder firmado de Letrado por bas„tante, ni el Procurador la presente sin el dicho poder." *Ley* 24. *tit.* 16. *lib.* 2. "Mandamos que los Abogados de „las partes, ántes que presenten en juicio los poderes, se„ñalen en las espaldas con sus firmas cada uno el poder „de su parte, en que diga ser bueno y bastante; y que si „despues por defecto del poder no ser bastante, el pro-

„ce-

„ceso se anulare, y fuere dado por ninguno, sea conde„nado el Abogado en las costas, y daños que allí se recre„cieren." *Ley 5. tit. 17. lib. 2.* : *ley 24. Cod. de Procuratorib. cap. 1.* Las acciones ya sean reales, ya personales ó mixtas están inherentes á la persona á quien pertenecen, y forman parte de su patrimonio. Qualquiera otro, que las intente y produzca en juicio, carece de accion y de interes, y no puede excitar el oficio del Juez, porque lo excluyen los dos presupuestos, ó excepciones mas poderosas que impiden entrar en juicio, quales son: *sine actione agis*: *Quo ad te autem attinet, liberas ædes habeo.* En el juicio se forma un quasi contrato, y quedan los dos que litigan obligados á sus resultas; y no pudiendo el que se presenta al juicio obligar al principal sin su consentimiento, exponiéndole á que pierda la accion que propone por efecto de la absolucion del reo, caducaria la sentencia, haciéndose ilusoria con todos los preliminares del proceso. Los pleytos traen muchas y graves vexaciones, no solo á los que litigan, sino que á veces trascienden á turbar la tranquilidad pública; y para impedir sus conseqüencias ó moderarlas, se acuerdan todos los derechos en las disposiciones que prohiben se admitan pleytos voluntarios, ó se introduzcan dilaciones. *Ley 3. tit. 2. lib. 4.* : *ley 1. tit. 4. lib. 4. de la Recop. Cap. 5. de Dolo, et contumac.* ibi : *Finem litibus cupientes imponi, ne partes ultra modum graventur laboribus, et expensis* : : : : *Cap. 1. de Appellationib. in 6.* ibi : *Cordi nobis est lites minuere, et à laboribus relevare subjectos. Nathen. tit. 2. cap. 1. de Justitia in litib. vulnerat.*

3. Por todos estos respectos se consideran los pleytos en la clase de odiosos, y no deben facilitarse, admitiendo á extraños que promuevan acciones agenas.

4. El que se presenta á nombre de otro, sin competente poder, no puede tener la instruccion necesaria para llenar las partes esenciales de la demanda, privando al reo de los conocimientos precisos para confesarla ó reclamarla; y sobre estas poderosas razones procede la regla

ya

ya indicada de no poder un extraño demandar á otro en juicio sin consentimiento y poder del principal, á quien pertenece la accion y el interes que solicita.

5. Este mismo pensamiento, de no deber admitirse instancia alguna sin el poder competente, se convence mas si se reflexîona que el actor puede tomarse todo el tiempo que sea necesario para introducirla y autorizarla con los documentos convenientes. Entre estos se considera el poder como principal y prévio, y no deben favorecer los derechos al negligente que no le otorga, ni ayudarle con suplementos que no llenan la intencion de la ley.

6. Al reo se le instruye plenamente con toda la relacion de la demanda, y se le concede para deliberar en su defensa el término competente, dentro del qual puede y debe otorgar su poder con las seguridades de derecho, para que puedan executarse las sentencias y decretos judiciales; y el que abusa de los remedios que le franquean las mismas leyes, y procede por negligencia, ó malicia en su contravencion, no merece auxîlios extraordinarios de las mismas leyes. *Cap.* 10. *de Immunitat. Ecclesiast.* ibi: *Et frustra legis auxilium invocet, qui committit in legem.*

7. Considerando los insinuados inconvenientes, que sin duda acreditaria la experiencia en el uso de la antigua legislacion hasta las leyes de Partida, se mejoró este artículo en las posteriores de la Recopilacion, y se observan constantemente en los Tribunales; donde no se admiten instancias ni demandas algunas, sin que las acompañe el poder del principal interesado, prévio el reconocimiento de ser suficiente. *Ley.* 2. *y* 3. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.*: *ley* 5. *tit.* 17. *lib.* 2. Carlev. *de Judiciis tit.* 2. *disput.* 4. *n.* 27.: *aut.* 6. *tit.* 8. *lib.* 1. *cap.* 7.: *aut.* 5. *tit.* 19. *lib.* 2.: *aut.* 7. 20. 30. 32. *del mismo tit. y lib. ibi*: "Los »Escrivanos de Cámara en adelante no admitan, ni dén »cuenta de peticion en el Consejo, sin que se presente »con ella poder bastante, como está mandado, y lo

»cumplan pena de cinqüenta ducados."

8. En algunos casos podria correr la demanda, puesta á nombre ageno sin poder competente, como seria si el Juez la admitiese y no la repeliese en su principio: si el reo la contestase sin excepcionar el defecto de poder; concurriendo ademas la ratihabicion del principal interesado, por cuyo efecto se legitima y convalida todo lo obrado, y queda autorizado el demandante para continuar el pleyto, como si en el principio hubiera tenido poder competente. *Ley* 20. *tit.* 5. *Part.* 3. "Pero si alguno demandáre en juicio por otro así como personero, é aquel á quien ficiesen la demanda, entrase en pleyto con él, non le diciendo que se ficiese personero de aquel por quien demandaba; si despues deso viniese aquel en cuyo nome facía la demanda, é quisiese aver por firme lo que era fecho con él, valdría todo lo que fuese fecho en juicio; bien así como si de comienzo lo oviese otorgado por su personero." *Ex. capit.* 10. *de Regul. jur. in sex. Ratihabitionem retrotrahi, et mandato non est dubium comparari.*

9. La anterior limitacion que indica la citada ley de Partida, y que siguen por ella algunos Autores, no llena del todo la intencion de la regla, especialmente en el objeto de que los juicios no queden ilusorios, lo qual pertenece á la autoridad y gravedad de los autos judiciales; pues si el principal interesado no quisiese ratificar lo que se habia obrado á su nombre por el demandante, quedaria en esta parte ilusorio el proceso con todo lo demas que en su contestacion se hubiese obrado por el reo. Lo mismo sucederá en aquellos casos, en que las enunciadas leyes de Partida permiten demandar ó defender al reo sin presentar poder, con tal que dén fiadores de que el principal ratificará lo obrado; pues aunque el reo pudiese recobrar del que demandó sin poder, ó de sus fiadores, los gastos expendidos en el pleyto á falta de la ratificacion del principal, quedaria no obstante perjudicado en las molestias personales, y otros cuidados que

ocupan á los litigantes, y no se consideran para ser compensados; y resultaria igualmente que todos los decretos judiciales, conducentes al fenecimiento de aquella causa, quedaban ilusorios, sin lograr la utilidad de concluirla y fenecerla, convirtiéndose en vergüenza y escarnio de los Tribunales, y en daño de la República. *Ley* 26. *tit.* 4. *Part.* 3. "E así el trabajo que oviesen pasado en oyén„dolas, tornarselas yá en escarnio, é en vergüenza." Molina *de Primog. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 10. *cum aliis.*

10. La segunda parte de la demanda empieza desde la cláusula: *condescendiendo mi parte*, y concluye refiriendo la causa de la obligacion. Los hechos, en que se funda la demanda, deben referirse sencillamente con la mayor claridad en todas sus partes, señalando la cosa que se pide de un modo cierto, de suerte que pueda comprobarse su identidad, y poner desde luego al reo en cabal conocimiento, para contradecir la instancia, ó condescender á ella; y una de las partes, que mas principalmente influye en esta deliberacion, que produce otros efectos favorables al mismo actor, y hace mas expedita la acertada resolucion del Juez, consiste en que se exprese la causa ó título de donde procede la accion, ya sea personal, ya real ó mixta; porque determinándose el contrato ó medio por donde se ha adquirido, mas fácilmente lo puede despues probar, y mas de cierto puede ser dado juicio sobre ella; y si acaso no probare aquella causa ó razon que puso el demandador en su demanda, queda en libertad y sin embarazo para repetir nuevo juicio, siendo librado el primero, proponiendo diversa causa ó contrato de que le haya procedido la accion, el dominio, ó la posesion de la cosa; y tiene ademas la determinada expresion de causa otro efecto ventajoso al reo, reducido á facilitar su defensa, ó á que se decida con mas seguro conocimiento á condescender sin pleyto con las intenciones del actor. *Ley* 15. 25. *y* 40. *tit.* 2. *Part.* 3.: *ley* 4. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.*

11. La expresion del contrato ó causa, de que pro-

ceda la duda, ó la cosa que se demanda, se consideró tan esencial en los derechos antiguos, que el instrumento que no la contenia, aunque se confesase en él la obligacion, quedaba en suma debilidad, y no producia accion eficaz, ó á lo ménos se elidía fácilmente con la excepcion, que indicaba el reo, de ser indebido el crédito, gravando al actor con la necesidad de probar la causa que no se explicaba en el papel. *Cap.* 14. *de Fide instrumentor.*: *lex* 25. *ff. de Probationib.* §. 4. *vers. Sin autem.* (a)

(a) Febrero lib. 3. cap. 2. §. 4. n.o 237 y 38.

12. Y aunque las leyes de la nueva Recopilacion removiéron ciertas solemnidades que embarazaban el curso y decision de los juicios, y quisiéron que cada uno se obligase del modo que le pareciese, y que se determinasen los juicios sabida la verdad, sin detenerse en escrupulosas solemnidades, aunque fuesen de las correspondientes al órden y substancia de los mismos juicios, mantienen sin embargo las cosas esenciales, siendo una de ellas la expresion de la causa ó contrato de que procede la accion. *Ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4.: *ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *de la Recop.* (a)

(a) Ley 7. tit. 13. P. 3.

13. La tercera parte de la demanda consiste en la conclusion del pedimento, que es la que da formal juicio, determina la accion, y es la parte dominante, que debe atenderse en qualquiera duda que haya entre la misma conclusion y la narrativa del escrito; pues aunque en esta se encierren todos los hechos y partes fundamentales de la causa y de las acciones, pueden producir diferentes remedios, ya sean ordenados de un modo, que los interesados puedan usar de ellos sucesivamente, ó ya se consideren incompatibles, de manera que el uso de una accion excluya ó dexe ineficaz la otra, y en concurrencia de estas circunstancias corresponde á la parte la eleccion de la instancia que quiera promover, y se entiende que la determina y señala en la conclusion de su escrito. *Ley* 40. *tit.* 2. *Part.* 3. "Onde vos pido, que le »mandedes por juicio, que me los dé." Olea *tit.* 6. *q.* 1. *n.* 18: *In quo conclusio libelli, non narratio attendenda est:*

quia

quia in libello conclusio prædominatur, et id petitum censetur, quod in eo concluditur. Paz *tom.* 1. *part.* 1. *tempor.* 4. *n.* 28. *cum pluribus relatis.*

14. Pero el Juez, que conoce de la causa, no ha de estar tan escrupulosamente ligado á las palabras de la conclusion de la demanda, que no pueda suplir algunas para reducir el juicio útilmente en beneficio de las partes, atendida la verdad de lo que solicitan y prueban.

15. Los repetidos casos particulares demuestran la antecedente proposicion, que trae su orígen de las Leyes Reales, que han removido justamente todas las fórmulas y solemnidades escrupulosas, atendiendo principalmente á la verdad y buena fe, de que resulta la utilidad pública. *Ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* : *ley* 3. *tit.* 22. *Partid.* 3. : *ley* 22. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.*

16. Por quatro causas excedian los actores en sus demandas, pidiendo mas de lo que se les debia: en la cantidad, en el tiempo, en el lugar, ó en el modo, y se atendia en lo antiguo tan escrupulosamente á la conclusion de sus instancias, que nada se suplia en ellas, ántes bien se corregia el exceso con la pérdida de la causa que intentaban, quedando libre el reo de su satisfaccion, y reintegrado al mismo tiempo en las costas, daños y perjuicios, que le irrogaba por estos medios el actor. §. 33. *Institut. Justinian. tit. de Action. et ibi latissime, et eruditissime Vinnius.*

17. Estas disposiciones parecian demasiadamente rígidas, y se templáron con alguna equidad, qual fué, que los que pedian sus créditos, ántes de cumplido el plazo, fuesen condenados en las costas que causaban al reo, á quien ademas concedia el Juez doble tiempo del que le restaba. §. 33. *Instit. Justinian. de Actionib. in fin. et ibi Vinnius.* §. 10. *idem. Inst. tit. de Excep.*

18. Los que excedian por alguno de los otros tres modos referidos, eran condenados en satisfacer al reo el tres tanto del daño que le producia su instancia. §. *citat. num. prox.*

En

19. En las leyes de Partida se dispone, que quando el actor pide mayor cantidad de la que le es debida, condene el Juez al demandado en la cantidad líquida que constase estar debiendo, y le absuelva de la que con exceso se le pedia, haciendo resarcir y compensar al demandado las costas y daños que expendió por causa del exceso del actor. *Ley 43. tit. 2. Part. 3.* En lo mismo convienen las leyes de la Recopilacion, aun en los juicios executivos. *Ley 8. tit. 21. lib. 4. de la Recop. in fin.* : *ley 9. del mismo tit. y lib.*

20. En las ventas, que contienen lesion enormísima en mas de la mitad del justo precio, compete la eleccion al demandado de suplir el precio, ó volver la cosa. *Ley 1. tit. 11. lib. 5. de la Recop.* : *ley 56. tit. 5. Part. 5. Cap. 3. extra de Emption. et vendit.* Lo mismo sucede en todas las obligaciones alternativas. *§. 33. Inst. de Actionib. et ibi Vinnius* : *§. 22. Inst. de Legat. et ibi Vinnius* : *ley 42. tit. 2. Part. 3.* Si el actor pide determinadamente una de las dos cosas contenidas en las obligaciones alternativas, excederá su demanda los límites de la obligacion, y vendrá á pedir mas de lo que se le debe, queriendo privar al demandado de la opcion que le compete, y le puede ser de grande interes, ó de considerable afeccion. *Ex dictis n. prox.*

21. Si ha de estar el Juez á la letra de la demanda sin variar su conclusion, debe absolver al demandado á lo ménos de la instancia, y condenar al actor en las costas, porque carece de accion eficaz en lo que pide, debiendo esperar que se verifique la eleccion del reo; que es una especie de condicion que mantiene en suspenso los efectos de la accion; pero de aquí resultaria que, perdiendo el tiempo y los gastos causados en esta instancia sin fruto ni aprovechamiento alguno, se repitiese otra nueva, enmendando el actor aquel defecto, y cayendo en el inconveniente de multiplicar pleytos en perjuicio de los mismos interesados y de la República; y para ocurrir á estas perniciosas conseqüencias, conservando á las

par-

partes quanto les compete por sus contratos y obligaciones, y podrian sacar en la nueva instancia, persuade la verdad y buena fe que el Juez supla tales defectos, concibiendo su sentencia en los mismos términos en que lo haria, si el actor no los hubiese padecido, y condenando al demandado á que restituya la cosa que habia comprado en ménos de la mitad del justo precio, ó supla el equivalente á su justo valor. Hermosil. *in leg.* 56. *tit.* 5. *Part.* 5. *glos.* 7. *n.* 31. Matienz. *in leg.* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *glos.* 1. *n.* 1. *ad* 3.

22. Lo mismo debe observarse en las obligaciones alternativas, que se intenten determinadamente por el actor, conservando al demandado su eleccion, y condenándole á que entregue la parte que eligiere.

23. Los juicios executivos son incomparablemente mas rígidos en la observancia del órden, que prescriben las leyes para substanciarlos y determinarlos; pero si en algun caso hallasen los Jueces superiores, en los recursos de apelacion, que la deuda está suficientemente calificada con instrumentos, confesiones, y reconocimientos, que han producido justamente la execucion, y que por no haber guardado el órden en su progreso, deberia declararse nula, y reponerse al estado primitivo en que empezáron estos defectos substanciales, será muy propio de la equidad y razon de los Jueces superiores, atendida la verdad del proceso, condenar al reo á la paga de la cantidad comprehendida en la execucion, concibiendo la sentencia en la forma y estilo de ordinaria. Carlev. *de Judiciis tit.* 2. *disput.* 8. *n.* 3. *al.* 9. *cum pluribus ibi relatis.*

24. Por los exemplares referidos se percibe la eficacia y valor que dan las Leyes Reales á la verdad y buena fe, para que sean atendidas como pimer objeto en los juicios, siguiendo las intenciones de las partes, sin embarazarse en algunas formalidades, que aunque se establecieron para explicar y conocer mejor las instancias, no deben convertirse en menosprecio de los juicios y en daño de los mismos interesados.

Con-

25. Consiguiente á estos principios se han de considerar de poco momento las cláusulas, que generalmente se ponen en los escritos, de que se pide justicia, con costas, juro lo necesario, &c. de cuyos efectos tratan largamente los Autores prácticos. Paz *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 4. *n.* 28. Curia Philip. *part.* 1. §. 11. *n.* 12.

26. Con razon seria tenido por necio quien solicitase á las puertas de un mendígo, que le diese grandes tesoros; y quien de una piedra intentase sacar arroyos de agua: porque ni el uno podia condescender á la instancia, ni el otro podia fundar esperanza de conseguir su intento. Por lo mismo es advertencia necesaria, que el actor lleve sus pretensiones al Juez, que tenga autoridad y poder para hacerlas efectivas, sobre el conocimiento y decision de su justicia y su cumplida execucion. *Ley* 32. *tit.* 2. *Part.* 3. *ibi*: "É por ende decimos, que los sabios »antiguos que ordenaron los derechos, tovieron por de»recho, que quando el demandador quisiese facer su de»manda que la ficiese ante aquel Juez, que ha poder »de judgar al demandado." *Leg.* 2. *Cod. de Jurisdict. omnium judic.*: *Nam ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet. Cap.* 8. *de For. competent. Ley* 21. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.* "Mas que el actor siga el fuero del »reo ante su Juez Ordinario."

27. Los hombres, que en su primitivo estado natural no reconocian superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencias, estaban de consiguiente autorizados para hacerlo por sí propios. La experiencia les hizo entender los graves daños á que los conducian estos medios; pues ó no podian defenderse por sí mismos, ó excediendo los justos límites para conservarse, excitaban turbaciones, á que eran consiguientes mayores desavenencias, injurias y muertes; y consultando otros medios que mejorasen la seguridad de sus personas sin los riesgos anteriormente indicados, acordáron unirse en sociedades, y confiar su defensa y la de todos sus de-

re-

rechos á una persona, que, mirándolos con imparcialidad, les distribuyese sus derechos, y los conservase en paz y en justicia. Grot. *lib.* 1. *cap.* 2. §. 1. *Nam societas eo tendit ut suum salvum sit communi ope, et conspiratione.* Puffend. *lib.* 7. *cap.* 1. §. 7. *Genuina igitur, et princeps causa quare, patresfamilias, deserta naturali libertate, ad civitates constituendas descenderint, fuit, ut præsidia sibi circumponerent contra mala, quæ homini ab homine imminent. Idem lib.* 7. *cap.* 2. Heinec. *prælect. Academ. lib.* 2. *cap.* 6. §. 6. *et.* 10. *ley* 2. *tit.* 10. *Part.* 2.

28. Por estas disposiciones primitivas, que son comunes á toda especie de gobierno de los tres que conocemos, Monárchico, Aristocrático y Democrático, se desprendiéron los hombres de todo el poder y libertad que gozaban, quedando reunido privativamente en la cabeza de la Sociedad, la misma que se constituyó responsable á mantenerlos en paz y en justicia.

29. En uso de esta suprema potestad, y en cumplimiento de las obligaciones en que se constituyó, pertenece al Rey el oficio de juzgar las causas de sus vasallos; pero como no es posible en los grandes Imperios cumplir por sí solo este grave cargo, ni seria conveniente ocuparse todo el tiempo en las molestias, é importunidades que traen las causas, fué necesario que substituyese otros, que con su poder y representacion satisfaciesen las obligaciones de mantener el Pueblo en paz y en justicia, consultando al mismo tiempo la mayor comodidad y utilidad de los súbditos, y con este objeto distribuyó las Provincias, erigió los Tribunales, y señaló á cada uno los límites de su autoridad y jurisdiccion, deseando que no se complicasen ni embarazasen en el uso de ella.

30. De estos principios, que son á todos bien notorios, nace por una conseqüencia necesaria, que la primera y mas natural competencia de jurisdiccion se justifica en todos aquellos, que viven y moran la mayor parte del año con sus familias en el Pueblo y término señala-

do al Juez para que conozca en primera instancia, que es el medio legal de establecer su domicilio; y con este respecto puede llevar á efecto sus determinaciones hasta que le tenga la intencion del actor, á quien corresponde el cuidado y deliberacion de poner sus demandas ante aquel Juez que pueda conocer, determinar y executar las sentencias que diere contra el reo, que habite y more dentro de los términos que le están señalados; siendo este todo el fundamento en que estriba la regla, de que el actor debe seguir el fuero del reo; que es decir, que le ha de demandar ante su Juez competente, como lo es efectivamente el de su domicilio, en el qual puede manifestar y probar mas cómodamente sus defensas, que es otro de los objetos de utilidad pública, que considera el Príncipe en la division de sus territorios, y en la comision de su poder á los Jueces. *Ley 32. tit. 2. Part. 3. ley 9. tit. 28. de la misma Part.* Carlev. *de Judiciis tit. 1. disput. 2. q. 1.*

31. La misma regla que va establecida para el fuero del domicilio, que se pone en primer lugar por su preferencia, procede en las demas causas y modos que están señalados por las leyes, para adquirir fuero por razon de la cosa que se demanda, del contrato, ó paga señalada en cierto lugar y otras semejantes, guardando el órden y preferencia que nacen de la concurrencia de causas y circustancias.

32. Auto. *Traslado*: Este auto *traslado* se repite en todos los escritos y alegaciones, que presentan las partes hasta la conclusion de la causa, para que instruidos de los fundamentos que exponen, puedan acordar con verdad y buena fe sus respectivas defensas.

33. La voz *traslado* explica con toda propiedad ser copia literal y entera de los escritos é instrumentos presentados por las partes, que ha de corresponder á los originales.

34. En el Diccionario de la lengua Castellana compuesto por la Real Academia Española, impreso en Madrid

drid año 1780. á la palabra *traslado* dice: "que es escri»to sacado fielmente de otro, que sirve como de origi»nal." Y en la palabra *trasladar*: "copiar con puntuali»dad, ó escribir en una parte lo que está escrito en »otra."

35. En las leyes guarda el mismo sentido y significacion. La *ley 26. tit. 23. Part. 3.* encarga á los que se alzan ó apelan el modo como deben hacerlo, reducido á que pidan mansamente á los Jueces, de quienes se agraviáron, "que les dén el pleyto como pasó, é las »razones como fuéron tenidas, é el juicio que fuera dado »sobre ellas;" y con respeto al Juez dice: "é el Alcalde »de quien se alzaren, dévelo facer, dándoles traslados de »todo bien, é lealmente, non creciendo, nin menguan»do ninguna cosa." Al propio intento, y con la misma diferencia entre el original y el traslado, conducen las *leyes* 112. 113. *y* 114. *tit.* 18. *Part.* 3. La *ley 6. tit. 3. de la propia Partida* hace varias prevenciones al demandado para que pueda responder á la demanda, y entre ellas señala, "que se debe facer dar en escrito la deman»da, que quieren mover contra él."

36. La *ley 9. tit. 20. lib. 2. de la Recopil.* dispone todo lo conveniente acerca de los poderes, escrituras y demas que se presentan en los juicios, y manda: "que »los originales el Escrivano de la causa los tenga en su »poder en guarda, apartados del proceso, y que en el pro»ceso se ponga el traslado concertado con la otra parte :::::: »Y que en el tiempo, que se admite la presentacion de »escrituras, se ponga el traslado dellas concertado en »la forma susodicha, y se dé traslado á las partes sin dia, »y mes, y año; porque de no se aver hecho, la experien»cia ha mostrado, que se han hecho muchas veces fingi»damente las escrituras perdedizas."

37. Pero el uso de los Tribunales, aunque ha conservado el nombre y significacion original de la voz *traslado*, no guarda la misma propiedad en su execucion, pues manda entregar al demandado el escrito original,

y los instrumentos que presenta el actor, con el mismo fin de que se instruya por ellos plenamente de las causas, que le deben mover á condescender con la instancia, ó á contradecirla; y este medio, que produce y asegura el mismo efecto, que el antiguo de sacar copia de los escritos é instrumentos que presentaban las partes, trae el beneficio de la mayor expedicion de los pleytos, excusa gastos, y se precave la pérdida de los autos originales con los recibos y obligaciones que constituyen los Procuradores, quedando responsables á volverlos á la misma Escribanía íntegros y sin mengua alguna, segun dispone la *ley* 11. *tit.* 20. y la 4. *tit.* 24. *lib.* 2. *de la Recopil.*; y con estas luces puede el demandado deliberar sobre la contestacion, de la qual, sus partes y efectos trataré en el capítulo próxîmo.

CAPÍTULO IV.

De la contestacion.

1. A la manera que en el capítulo antecedente propusimos un exemplo de la fórmula ó libelo de la demanda para proceder á su explicacion con la mayor claridad; daremos aquí principio tambien con un exemplo del libelo de la contestacion, con el mismo fin de hacer mas perceptible su explicacion, en los términos siguientes:

N. en nombre, y en virtud del poder que en debida forma presentó, de N. vecino de T., usando del traslado que por auto de cinco del presente mes de Junio se me ha comunicado de un escrito presentado á nombre de N. vecino de T. digo: Que refiriendo haber entregado á mi parte en calidad de préstamo 100 reales vellon, y ser pasados los dos plazos señalados para el pago, pretende que mi parte le haga íntegro y efectivo de los expresados 100 reales con lo demas que contiene dicho escrito: y contradiciendo en forma la enunciada pre-

pretension, se ha de servir Vmd. absolver y dar por libre de ella á dicha mi parte, á cuyo fin pongo á su nombre la mas justa y debida compensacion de otra igual cantidad, que le debe el nominado N., como heredero de N., vecino que fué de N., procedente del testamento baxo cuya disposicion falleció, otorgado en 3. de Enero del presente año de 1782. por testimonio del Escribano de número de ella N. en el qual legó á mi parte 15϶. reales vellon, como se comprueba por el testimonio del citado testamento que en debida forma presento: y por el resto de esta cantidad, que son 5϶. reales, compensados los 10϶. que pide el nominado N., pongo á este la demanda de mútua peticion y reconvencion en forma, para que se sirva Vmd. condenarle á que la dé y entregue á mi parte; pues todo procede así, y es de hacer por lo favorable y siguiente. Y porque &c.

2. La respuesta del reo demandado confesando, ó contradiciendo la instancia del actor, es la que se llama contestacion. El Diccionario de la lengua Castellana pág. 267. en la palabra *contestar* la demanda ó el pleyto, dice así: "Responder derechamente á la demanda, *litem contestari*;" »*ley* 3. *tit.* 10. *Part.* 3. "Comenzamiento, é raiz de todo »pleyto sobre que debe ser dado juicio, es quando en»tran en él, por demanda, é por respuesta delante del »Judgador:::: É respondiendo el demandado á aquella de»manda llanamente, si, ó non:::: En qualquier destas »maneras, que de suso diximos, que responda el deman»dado á la demanda que le facen, cumple para ser comen»zado el pleyto por demanda, é por respuesta, á que di»cen en latin *contestatio*." *Ley únic. tit.* 7. *del Ordenamiento de Alcalá*; y la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 4. *de la Recop.*

3. Paz *en su Práctica tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 6. *n.* 1. la definió, ó describió con notable redundancia, considerando como parte de la contestacion la referencia del negocio ó causa principal que contiene la demanda: *Principalis negotii apud Judicem competentem facta narratio, et ad eum secuta responsio*; pues está demas toda

da la primera parte, completándose la contestacion con la sola respuesta del demandado en sus palabras *si* ó *no*.

4. Parladorio *lib.* 1. *Rerum. quotid. cap.* 14. se entró á exâminar el orígen ó etimología de la voz *contestacion*, y suponiendo que las mas veces niega el demandado la intencion del actor, se inclina á que con mas propiedad debia llamarse *inficiacion*, haciendo diferencia entre el caso en que el demandado confiesa y el en que niega; pero esto es desconocer la propiedad que dan las leyes á la contestacion relativa al pleyto, ya sea confesando, ó negando la instancia, segun queda advertido.

5. El actor en su demanda no pregunta al demandado sobre las causas y acciones que propone, ántes bien les dá una positiva seguridad independiente de que el reo las reconozca ó niegue; y así parecia que no debia llamarse respuesta lo que este dixese en su contestacion.

6. Pero lo cierto es que el Juez no podia decidir la pretension del actor por solo su escrito, y era necesario esperase competente prueba de su verdad, ya fuese por la confesion del demandado, ó en su defecto por otros medios legales de instrumentos, ó testigos. Para la primera, le comunica traslado de la instancia, y en esta providencia se contiene una eficaz pregunta al reo para que responda y confiese si es cierta la demanda, ó no; y en este concepto puede con propiedad decirse, que el demandado responde al Juez lo que desea saber sobre la demanda del actor, siendo esta la materia ó asunto á que se refiere su contestacion, confesándola, ó negándola. En el primer caso procede el Juez á dar su setencia sin esperar otras probanzas, que no aprovecharian sobre la que produce la confesion, siendo igualmente oficiosos todos los demas procedimientos de la causa. Y quando contradice la demanda, como falta la prueba que necesita el Juez, es necesario ir por la causa adelante, esperando la que hagan las partes en los términos que conceden las leyes.

7. El demandado tiene el de nueve dias para instruirse

se de la demanda, y deliberar su contestacion, empezando á correr y contarse desde el siguiente al de la notificacion del traslado; pues está en su arbitrio tomar la demanda, enterarse de ella, y consultar su resolucion acerca de confesarla, ó contradecirla; y estos nueve dias corren por momentos sin interrupcion, ni descuento de los feriados: porque son continuos y perentorios, á fin de no alargar los pleytos con voluntarias ó maliciosas dilaciones. *Ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 4. *Recop.*: *ley* 2. *tit.* 3. *del mism. lib.*

8. Aunque la citada *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 4. *Recop.* señala al parecer, por término en que deben empezar los nueve dias, aquel en que fuere puesta la demanda, diciendo: "que, del dia que la demanda fuere puesta al »demandado, ó su Procurador, sea tenudo á responder »derechamente á la demanda, contestando el pleyto, co»nociendo, ó negando, hasta nueve dias continuos," debe entenderse en el caso que el mismo dia, en que se pone la demanda, llegue á noticia del demandado, ó de su Procurador, por medio de la notificacion y entrega efectiva del escrito y documentos que le acompañen, concurriendo tambien la circunstancia de que en aquel tiempo esté el demandado en el lugar del juzgado, en donde se radicó la instancia: porque si estuviese ausente le debe conceder el Juez término competente para que, precedido el emplazamiento, pueda venir, ó enviar Procurador que conteste la demanda, y que á este fin le queden útiles los nueve dias para enterarse y deliberar lo que ha de exponer en su contestacion; y con este respecto señalan las leyes á los emplazamientos, que mandan hacer los del Consejo y Audiencias, el término de treinta dias, ó el de quarenta, reservando á los Jueces el arbitrio de prorogarlo, ó abreviarlo, atentida la calidad de las personas, la distancia del lugar donde estén, y otras circunstancias. *Ley* 1. *tit.* 3. *lib.* 4. *Recop.*

9. Si no contestase el demandado dentro de los nueve dias, que á este fin se le señalan, se estima legalmen-

mente contestada la demanda en la primera parte de reconocerla y confesarla, por efecto de la rebeldía en que incurre con solo el transcurso de los nueve dias, que es término perentorio que interpela al demandado, como se demuestra de la citada *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 4. *Recop.* que dice: "Y si así no respondiere, que sea avido por confieso por su rebeldía, por esta nuestra ley, aunque no »sea dada la sentencia contra él sobre ello."

10. Pero la práctica y estilo de los Tribunales ha recibido por constante que el actor, pasado el término de los nueve dias, acuse al demandado la rebeldía, para que con esta prévia diligencia se tenga por confeso. Paz *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 6. *n.* 23. Curia Philip. *part.* 1. §. 14. *n.* 8.

11. Al ignorante, y al impedido con justa causa, no le corre término, ni se considera rebelde para caer en la pena de tenerle por confeso y contestada la demanda; y así en qualquier tiempo que se presente al Juez, y proponga y justifique haber estado impedido para venir á responder á la demanda en los nueve dias señalados, ya sea por haberla ignorado, ó por otra causa que le excuse de la rebeldía, conservará el término, y gozará de él para responder y contestar, ó proponer excepciones dilatorias, reponiéndose la confesion y sus efectos, porque la rebeldía en que se motivó fué presunta y ficta, y una y otra ceden á la verdad. De otro modo se impondria pena al inocente, y se añadiria afliccion al afligido, que por enfermedad ó por otro caso fortuito no pudo llegar á tiempo oportuno para defenderse. *Ley* 11. *tit.* 7. *Part.* 3.: *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.*

12. Esta especie de confesion presunta por efecto de la rebeldía conviene con la real y efectiva, en que por una y otra queda el reo excluido de proponer excepciones dilatorias, ó las que tengan fuerza de tales, aunque en su esencia y efectos sean perentorias.

13. En la primera clase está la excepcion de incompetencia de jurisdiccion, recusacion del Juez, plazo no cum-

cumplido, y otras de que tratan largamente Salgad. *de Reg. protect. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 24. *y en el cap.* 18. Paz *Prax. tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 5. *n.* 14. Cur. Philip. *part.* 1. §. 13. *n.* 6.

14. En la segunda se consideran las de cosa juzgada, transaccion, pacto, ó juramento de no pedir, de las quales tambien hay copiosos tratados. Pero estas pueden proponerse en calidad de dilatorias, observando entónces el mismo tiempo señalado ántes de la contestacion, porque con ella se entiende que han consentido en el Juez, y renunciado el beneficio que les competia, para dilatar á otro tiempo la contestacion.

15. De estas excepciones trató, con preferencia á la contestacion, Paz *en su Práctica tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 5. ligándose al tiempo material en que debian proponerse, sin advertir que las leyes establecen la regla de que á la demanda ha de seguir necesariamente la contestacion, y por limitacion ó excepcion de esta regla señalan los casos en que los reos tengan y quieran usar de tales excepciones para dilatar ó impedir: y no debe invertirse el órden de establecer en primer lugar la regla, y tratar despues de sus limitaciones, como lo observa toda buena legislacion, y se demuestra en los *títulos* 2. 3. 4. *y* 5. *lib.* 4. *de la Recop.*

16. Quando la contestacion se hace llanamente y de buena fe, confesando la obligacion en los términos que la propone el actor, impide el progreso del juicio, y no dexa mas partes al Juez que las de condenarle incontinenti al pago ó restitucion de la cosa que se le pide; concediéndole término competente. Así lo dice la *ley* 7. *tit.* 3. *Part.* 3. *ibi*: "Mas quando otorgase luego lo que »devia, el Judgador le deve mandar, que pague lo que »conosció, fasta diez dias, ó á otro plazo mayor, segund »entendiere que es guisado, en que lo pueda complir." Esto mismo confirma la *ley* 2. *tit.* 13. *de la misma Part. ibi*: "Grande es la fuerza que há la conocencia : : : : Ca »por ella se puede librar la contienda, bien así como si

»lo que conocen, fuese provado por buenos testigos, ó »por verdaderas cartas. E porende el Judgador, ante »quien es fecha la conocencia, deve dar luego juicio afi»nado por ella, si sobre aquella cosa que conociéron, fué »comenzado pleyto ante por demanda, é por respues»ta:::: Mas si alguno ficiese venir su debdor antel »Juez, é le rogase que le ficiese jurar,:::::: é el de»mandado respondiese luego llanamente, que gela devia, »non le queriendo facer contienda sobre ello; estónce »decimos, que abonda que el Judgador mande al deb»dor que fizo la conocencia, que pague aquella cosa:::: »é non há porque le dé otro su juicio afinado, sobre tal »razon como esta." La *ley 2. tit. 22. de la misma Part.* y la 1. *tit. 7. lib. 4. de la Recop.* se explican de la manera siguiente: "Y si de la respuesta de las posiciones hallare el »Juez que puede dar sentencia difinitiva, concluso el »pleyto, la dé, la que por fuero, ó derecho deva; y sino, »resciba las partes á prueba delo por ellas dicho, é ale»gado."

17. Es de observar por el contexto de las enunciadas leyes, que el deudor puede hacer la *conocencia* de su obligacion á favor del acreedor en dos tiempos y maneras: la primera, quando el acreedor la pidiere ante Juez competente, como preliminar á su demanda, y ántes de formalizarla; y en este caso producirá un precepto ó mandamiento de pago, que sin ser sentencia verdaderamente difinitiva obra los mismos efectos, y la debe cumplir en el término que le señale el Juez, sin darle lugar á pleyto ni demanda.

18. La segunda manera ó tiempo en que se hace la *conocencia* ó confesion por el deudor, es respondiendo á las posiciones del actor despues de contestada la demanda, ó en el mismo acto de la contestacion; y entónces procede el Juez á dar su sentencia difinitiva, estando el pleyto concluso.

19. La razon de esta diferencia en el modo de concebir su mandamiento el Juez, aunque no la haya en el

efec-

efecto de su execucion, consiste en que sin demanda y contestacion no puede tener lugar la sentencia difinitiva, y se suple con el precepto de pagar, que tiene en este caso la misma fuerza por efecto de la confesion, que es la prueba mas constante y segura, como si se hiciese con buenos testigos ó por cartas verdaderas; y así produce execucion. *Ley* 5. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* "ó las con»fesiones claras fechas ante Juez competente, trayan apa»rejada execucion." No se permite que los Letrados hagan sobre ellas preguntas, *ley* 4. *tit.* 7. *lib.* 4.: *ley* 31. *titul.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* porque nada añadiria á la confesion qualquiera otra prueba que se hiciese por testigos, ni aun por cartas, y se caeria en un acto ilusorio resistido constantemente por las mismas leyes. *Ley* 4. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.*

20. Y por último con la sola confesion del deudor se halla probada la verdad del hecho, y por ella se debe juzgar de buena fe. *Ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.*

21. De la sentencia ó mandamiento, que diere el Juez por efecto de la confesion que hiciere el deudor, en los términos y con la diferencia indicada, no hay apelacion. Gregorio Lopez *in leg.* 7. *tit.* 3. *Part.* 3. *glos.* 1. con muchos que refiere: porque si este remedio, faltando las causas referidas, se tomase por pretexto para dilatar los pleytos en grave daño de los interesados y del Público, seria perjudicialísimo, siendo de otra parte tan recomendable, quando se usa de él en propia natural defensa, para reparar los agravios que hacen á las partes los Jueces por malicia, ó por ignorancia, enmendándose á veces los mismos interesados, alegando y probando en las ulteriores instancias lo que omitiéron en la primera, segun la *ley* 1. *tit.* 23. *Part.* 3. *ibi*: "E tiene pró el alza»da quando es fecha derechamente, porque por ella se »desatan los agraviamientos que los Jueces facen á las »partes tortizeramente, ó por non lo entender." *Ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. y la 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *de la Recop.*: *leg.* 1. *ff. de Appellat.*: *leg.* 6. §. 1. *Cod. eod. tit.*

22. Este es el fundamento mas sólido que excluye las apelaciones frívolas y notoriamente calumniosas, Salgado *de Reg. protect. part. 3. cap. 6. à n. 40. ubi latissime*; y ninguna lo seria mas que la que se interpusiese contra lo mismo que habia confesado y reconocido el deudor llanamente, supuesto que no podia mejorarla con pruebas ni alegaciones, pues las resisten las mismas leyes, segun se ha demostrado.

23. Pero si se motivase en la apelacion haber hecho con error su confesion, y se ofreciese á probarlo, debe ser admitida; y se revocará la sentencia dada por conseqüencia de su confesion, si probare su error en el juicio de la apelacion. Gutierrez *de Juram. confirm. part. 3. cap. 8. n. 4. et 5.* Gregorio Lopez *in leg. 16. tit. 23. Partid. 3. glos. De la sentencia.* Ceballos *com. cont. com. q. 669.* La razon es clara, porque nada hay mas contrario al consentimiento y voluntad que el error, y justificándose la sentencia dada por efecto de la confesion de la parte en el consentimiento que contenia, caducando este con la prueba del error, queda igualmente destituida la sentencia de todo efecto, ó á lo ménos debe revocarse.

24. La confesion judicial equivale á la sentencia dada en juicio, y pasada en autoridad de cosa juzgada, segun la *ley unic. Cod. de Confes.*; y así como las sentencias, aunque hayan pasado en cosa juzgada, por no haberse apelado de ellas, se revocan ó declaran nulas, quando se han dado por cartas ó testigos falsos, probándose esto manifiestamente por la parte que las reclamase, *ley 13. tit. 22. Part. 3.* "E otrosi, todo juicio que fuese dado por »falsos testigos, ó por falsas cartas, ó por otra falsedad »qualquier, ó por dineros, ó por don con que oviese cor»rompido el Juez; maguer contra quien fuese dado non »se alzase dél, puédelo desatar quando quier, fasta »veinte años, provando que el juicio primero fuera da»do por aquellas pruevas, ó razones falsas." *Ley. 1. y 2. tit. 26. Part. 3.: ley 33. tit. 14. Part. 5. Leg. 33. de Re judicat. Leg. 1. 2. 3. et 4. Cod. Si ex fals. instrum. vel testib.*

tib. judicat. sit; de la misma manera no podrá sostenerse la sentencia que se dió sobre una confesion del interesado, quando se descubriese y probase el error con que la executó.

25. El que no responde á la demanda en el término de los nueve dias señalados por las leyes, se considera contumaz y rebelde, y se estima y declara por confeso en la demanda que le ha sido puesta, precedida la acusacion de rebeldía, conforme á la práctica y estilo de los Tribunales. *Ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 4. *de la Recop.* "Y si así »no respondiere, que sea avido por confieso por su re»beldía, por esta nuestra ley, aunque no sea dada la sen»tencia contra él sobre ello." *Ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 4. *de la Recop.*

26. Esta confesion presunta ó legal hace veces de contestacion, y cierra la puerta á las excepciones dilatorias que podria poner el demandado, si hubiera venido á producirlas dentro de los mismos nueve dias.

27. Induce tambien esta presuncion un efecto de prueba de la demanda, que permanece hasta tanto que el demandado pruebe concluyentemente su libertad y ninguna obligacion; pues como en esta parte procede por via de excepcion contra la confesion presunta, que considera la ley haber hecho, no compareciendo dentro de los nueve dias, hace en esta parte las veces de actor, y ha de probar lo que propone contra la intencion de aquel, que la tiene ya fundada en la presuncion ó ficcion de la ley.

28. Estos son los efectos á que debe restringirse la confesion presunta en rebeldía, quedando libre al demandado todo el progreso de la causa para alegar y probar en ella no ser deudor de lo que se le demanda, y ser de consiguiente absuelto en la sentencia difinitiva.

29. Esta doctrina la tocáron Paz *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 6. *n.* 39. Cur. Philip. *part.* 1. §. 14. *n.* 9. Ceballos *com. cont. com. q.* 669. Diego Perez *en la ley* 1. *tit.* 3. *lib.* 3. *del Ordenam. glos. Sea habido por confeso*, fundándola

la en argumentos y pruebas débiles, tomadas del derecho de los Romanos, debiendo hacer uso de las Leyes Reales que la confirman con la mayor claridad.

30. La *ley 1. tit. 4. lib. 4. de la Recop.* trata únicamente de la contestacion, la qual dice que se ha de hacer concediendo, ó negando; y procediendo en la segunda parte al caso de que el demandado no viniese, ó enviase Procurador á contestar la demanda, le declara por confeso, y en el efecto contestada, sin que extienda su disposicion á que el Juez le pueda condenar al pago, ni apremiarle á su execucion; y esto solo bastaria para no extender la pena, contra el que no pareció en el término señalado, á lo que no explicó la ley.

31. En la 1. *tit.* 11. *del mismo libro*, se extiende con mayor claridad todo lo correspondiente á este punto; pues en su principio supone, que los rebeldes que no quieren venir ante el Juzgador á los emplazamientos, que les son puestos, no deben ser de mejor condicion que los que vinieren á parecer ante ellos; siendo de observar, que solo niega á estos rebeldes la mejoria, pero no les impone, ni declara que sean de peor condicion, considerándolos de consiguiente iguales en que unos y otros contestan la demanda, y que no está en su arbitrio embarazar al actor el curso de la causa para llegar á obtener por difinitiva lo que pretende en su demanda.

32. Así se previene y dispone en el progreso de la misma ley; pues manda que el Juzgador vaya por el pleyto adelante á recibir testigos del demandador, ú otras pruebas que hubiere para probar su intencion, así como si el pleyto fuese contestado, y dar sentencia difinitiva en él sin otro emplazamiento.

33. Si el Juzgador debe ir por el pleyto adelante, manifiesta claramente, que no tiene lo suficiente en la confesion del que por rebeldía no ha venido á contestar la demanda, para condenarle en lo que el actor pide; y si el fin de ir por el pleyto adelante es para recibir testigos del demandador, ú otras pruebas que hubiere para

pro-

probar su intencion, parece que no la tenia bien fundada en la confesion presunta del demandado, y que necesitaba ayudarse con prueba de testigos y otras, las quales solamente serian necesarias para el caso en que viniese el demandado á purgar su morosidad y rebeldía, y á desvanecer la presuncion, que contra él resultaba, con pruebas sólidas y convincentes de testigos y de instrumentos.

34. El término, que se concede en los pleytos, es comun á todos los litigantes, y concediéndose en la citada ley al demandador para el fin indicado, podrá aprovecharse del mismo el demandado.

35. Pone la ley en *escogencia* del actor admitir el medio indicado de ir por el pleyto adelante para probar su intencion con testigos ú otras pruebas, ó pedir que se haga asentamiento, cuya execucion describe con diferencia en la accion real y en la personal.

36. Este asentamiento es un decreto ó sentencia interlocutoria. *Ley 2. tit. 8. Part. 3. ibi*: "É tal mandamiento como este llaman en latin sentencia interlocutoria, que quier tanto decir, como juicio que es dado sobre pleyto, que non es librado por juicio acabadamente." Por él pone el Juez al actor en tenencia de los bienes raices que pretende por la accion real, sirviendo como de apremio al demandado para que purgue su rebeldía, y venga á responder á la demanda, á cuyo fin se le conceden dos meses, contados desde el dia en que es hecho el asentamiento; y si pasado este plazo continuase en su rebeldía, adquiere el actor sobre la tenencia de los bienes raices en que fué puesto, su efectiva posesion con todos los frutos y rentas, que desde entónces produxesen, que es otro modo de agravar el apremio, y mejorar al actor, no solo en que gane los frutos, sino tambien en que por efecto de aquella posesion impone al demandado el cargo de actor, y el de probar el dominio de aquellos bienes, pues solo puede ser oido en el juicio de propiedad. *Ley 1. tit. 11. lib. 4. de la Recop.*

Y

37. Y es de observar, que quando trata de esta audiencia del juicio de propiedad, al que únicamente es admitido el demandado, pasados los dos meses del plazo, se explica la citada ley en estos términos: "Y si no viniere á purgar la rebeldía á los dichos plazos, que dende en adelante el que así fuere asentado, que sea verdadero poseedor, y no sea tenudo de responder al demandado sobre la cosa, que así tiene, salvo sobre la propiedad;" demostrándose por este literal contexto, que al que ántes era actor, se le considera en el juicio de propiedad como demandado, pues quando dice la ley, *que no sea tenudo de responder al demandado sobre la cosa que así tiene, porque es verdadero poseedor de ella*, continúa con la excepcion ó limitacion, *salvo sobre la propiedad*; y como la excepcion ha de salir de la regla, convence que en la propiedad debe responder.

38. Con mas claridad se explica en este artículo la *ley 6. tit.* 8. *Part.* 3.; pues suponiendo igual asentamiento en los bienes raices del demandado, por no haber venido á responder en el término del emplazamiento, y suponiendo tambien, que para purgar su morosidad se le concedia un año, en que se nota la restriccion que hace la ley recopilada á solos dos meses, continúa diciendo: "Porque del año adelante finca el demandador por »verdadero tenedor de la cosa en que fué asentado, (*to»ma aquí la voz tenedor por poseedor*) é por ende gana »los frutos, é las rentas que dellas salieren. Pero finca »salvo al demandado todo su derecho para poder deman»dar el señorío de aquella cosa, si quisiere, maguer sea »pasado el año."

39. Al mismo intento de probar que la rebeldía presunta de los que no vienen á responder en el término del emplazamiento, aunque induzca confesion y contestacion de la demanda, no extiende sus efectos á que por ella se acabe el juicio, como se hace en la confesion llana y verdadera, concurren las disposiciones de las citadas leyes acerca de las acciones personales.

Las

40. Las posiciones que hacen las partes que litigan, desde la contestacion hasta la conclusion de la causa, quando van acompañadas de todas las partes esenciales, como el ser pertenecientes á la decision de la causa, claras, positivas, y otras que explican los Autores que tratáron largamente de ellas, como Diego Perez *in leg. 1. tit. 3. lib. 3. del Ordenam.* Ceballos *com. contra com. q. 669.* Michal. *de Positionib.* y Scacia *de Judiciis lib. 2. cap. 7. per tot.*, obligan mútuamente, sea actor ó reo el que las ponga, á responder á ellas por palabras de niego ó confieso simplemente y con la mayor claridad; y las confesiones, que en esta forma se hicieren sobre las posiciones de las partes, tienen el mismo efecto que las que hacen en contestacion á las demandas; y en unas y otras corren las mismas disposiciones que van notadas. *Ley 1. 2. y 3. tit. 7. lib. 4. Recop.*

41. Quando no responden á las posiciones, ó no lo hacen con la claridad y seguridad que previenen las leyes, se declaran por confesos á conseqüencia de su rebeldía; y en esta parte convienen tambien con los efectos de la confesion presunta, que induce la contumacia en los que no contestan la demanda. *Ley 1. tit. 7. lib. 4. Recop. ibi*: "Que en todas aquellas (cosas) que en las po»siciones, y artículos se contienen sobre que no respon»dió, y le fué mandado, que sea avido por confieso, y así lo pronuncie luego el Juez por sentencia." Lo mismo dice la *ley 2. del propio tit. y lib. ibi.*: "Sopena de »quedar, é fincar confieso en el artículo, ó posicion del »actor, ó del reo que no quisiere responder negando, ó »confesando, como dicho es."

42. Estas confesiones presuntas no producen suficiente prueba para determinar por ellas la causa principal, y es necesario recibir otras de testigos ó instrumentos en el término competente, en el qual puede hacer las suyas la parte que no ha respondido á las posiciones, y está declarado confeso por su rebeldía, y esto sirve de confirmacion á lo que se ha dicho en quanto á las confe-

 sio-

siones presuntas relativas á la contestacion de la demanda, que es el asunto principal de esta exposicion.

43. La citada *ley* 1. *tit.* 7. *lib.* 4. *Recop.* hace demostrable esta verdad; pues comprehendiendo los dos casos de que la parte responda á las posiciones por palabras de niego, ó confieso; ó quando no responde, ó no lo hace con la positiva seguridad indicada, resuelve en el primero: "que si de la respuesta de las posiciones hallare el »Juez que puede dar sentencia difinitiva, concluso el »pleyto, la dé la que por fuero, ó derecho deva; y sino »resciba las partes á prueva de lo por ellas dicho, é ale»gado."

44. La compensacion, que propone el demandado en su escrito de contestacion, merece particular y separado exâmen, que será el asunto del capítulo próxîmo.

CAPÍTULO V.

De la compensacion.

1. La *ley* 20. *tit.* 14. *Part.* 5. hablando de la compensacion dice: "Compensacion es otra manera de paga»miento, porque se desata la obligacion de la debda que »un ome deve á otro." La *ley* 4. *Cod. de Compens.* dice: *Ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur. Glos. ibid. n.* 12. *leg.* 7. *Cod. de Solutionib. leg.* 4. *in fin. ff. Qui potior. in pignor. habeantur*: ibi: *Dicendum est perinde haberi debere, ac si priori creditori pecunia soluta esset. Nec enim interesse, solverit, an pensaverit.* Greg. Lop. *in leg.* 20. *tit.* 14. *Part.* 5. *glos.* 1. Ant. Fab. *de Conjectur. lib.* 12. *cap.* 9. Hermos. *in leg.* 49. *tit.* 5. *Part.* 5. *glos.* 7. *n.* 9. *vers. Sed aliud.* Vinnius. *in Institut.* §. 30. *de Actionib.* Olea *de Ces. juri. tit.* 6. *q.* 11. *n.* 22. Covarr. *in cap. Quamvis de Pact. in sex. part.* 1. § 4. *n.* 15. *ad fin.* Salg. *Labyrint. part.* 2. *cap.* 28. De aquí es que la compensacion equivale en todos sus efectos á la paga real, y de con-

consiguiente extingue la accion del acreedor desde el mismo punto en que el deudor adquiere otra contra aquel en el todo, ó á prorata; y esto es lo que se llama *conquasarla ipso jure*, sin esperar á que se proponga como excepcion ó defensa; pues esta diligencia exterior mas sirve de instruir al Juez de los respectivos créditos que inducen la compensacion, y de explicar la intencion de compensarlos, que siempre se presume la hay, por ser mas útil, que para producirla como accion ó reconvencion, sin que trascienda el influxo de la propuesta compensacion desde entónces á extinguir la accion del acreedor contrario, que ya viene *conquasada* desde la respectiva union de los créditos.

2. De estos principios nacen tambien otras seguras conseqüencias. La primera, que si uno de los créditos tiene por su natutaleza ó convencion interes ó usuras, cesan estas en el equivalente del crédito simple que adquirió posteriormente el que ántes era deudor: porque no subsistiendo el capital, ha de correr igual suerte lo accesorio de los intereses ó usuras, como si desde el punto que el deudor se hizo acreedor contra su anterior acreedor se hubiese verificado la paga real y efectiva. La segunda, que si por error ó ignorancia se omitiese proponer la compensacion, y el deudor pagase á su acreedor, se reserva y compete al que hizo la paga la condicion *indebiti per errorem soluti*, suponiendo extinguida la deuda por efecto de la compensacion, y sin embargo de no haberla propuesto. La tercera, que se admite y tiene lugar en los juicios executivos en la misma forma, y dentro de los términos señalados para probar y liquidar la excepcion de verdadera paga de que hablan las *leyes* 1. 2. *y* 3. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.*: porque todos la consideran con uniformidad. La quarta, que corre y tiene lugar la compensacion, no solo con el principal deudor y acreedor, sino contra su cesionario, ya intente la accion que se le ha cedido á su nombre en calidad de útil, ó en el del cedente en quien estaba radicada la ac-

cion directa; pues extinguida esta desde aquel momento en que su deudor se hizo acreedor contra el que lo era ántes, ni se puede promover á su nombre la accion directa, que es la principal, ni pudo pasar al cesionario la útil, porque cederia lo que no existia, ni le pertenecia. La quinta, que el fiador del deudor, si fuese reconvenido por el acreedor de su principal, se defiende con la compensacion que este pudo proponer, excluyéndolo con la excepcion mas robusta *sine actione agis*: porque extinguida *ipso jure* por el crédito, que adquirió el deudor contra el que era su acreedor, caducó inmediatamente la obligacion del fiador, y puede con verdad asegurar que sin ella no hay accion, ni debe ser molestado á el pago, que anticipadamente habia hecho su principal por efecto de la compensacion legal, aun ántes de indicarla ó proponerla. La sexta, que la compensacion tiene lugar con los créditos del Fisco, quando nacen de una misma causa ó administracion.

3. La séptima, que corre y tiene lugar la compensacion en todas las acciones, ya sean reales, personales, ó mixtas, así en los contratos ó juicios que se llaman de buena fe, como en los que son *stricti juris*; pues están igualados por las leyes del Reyno y por el novísimo derecho de los Emperadores, quienes suprimiéron aquella diferencia introducida por las leyes antiguas de los Romanos, que consistia en que en los juicios de buena fe bastaba alegar ó indicar la compensacion en qualquier estado del proceso, así en primera instancia, como en las posteriores, y aun despues de la sentencia y cosa juzgada, haciéndose al tiempo de la execucion; pero en los contratos y juicios *stricti juris* debia proponerse la compensacion con la fórmula de excepcion en el principio del pleyto, contestándose en el mismo.

4. Las reglas y conseqüencias generales, que van apuntadas, reciben algunas restricciones en la materia y en las causas.

5. La materia ha de ser una misma la que se deba res-

respectivamente, y ha de consistir en lo que se cuenta, se pesa, ó se mide, concurriendo siempre estas dos calidades y condiciones unidas para que tenga lugar la compensacion; esto es, si el que pide es acreedor de cantidad, aunque el reo demandado tenga accion contra el actor para exîgir de él alguna especie de trigo, vino, ó aceyte, no podrá exônerarse del pago del dinero que se le pide, aunque proponga por compensacion el importe ó equivalente del vino, trigo y aceyte: porque así como no podia pagar con estas especies lo que debia en dinero, ni obligar al acreedor á que lo recibiese, por resistir las leyes que se pague una cosa por otra contra la voluntad del acreedor; el mismo efecto de repugnancia se halla en la paga que se induce por la compensacion.

6. Si las especies, que mútuamente se deben entre sí el acreedor y deudor, son de una misma calidad y graduacion, como vino por vino, trigo por trigo &c. tendrá lugar la compensacion concurriendo, como se ha dicho, la identidad en la clase y bondad; pero no sucederia así, aunque la especie fuese una misma, si la diferencia del precio y estimacion fuese notable, salvo que se probase incontinenti, ó á lo mas largo dentro de diez dias, el verdadero y justo precio del vino que respectivamente se debia, y así de qualquiera otra especie; pues entónces se compensarian á proporcion del interes y valor.

7. Aunque el acreedor lo sea en cantidad de dinero, y el reo que la debe tenga accion contra su acreedor á cierta especie, que por haberse extinguido ó perdido á daño y responsabilidad del mismo acreedor, haya de ser condenado en la sentencia al pago del interes ó estimacion, tendrá lugar en este caso la compensacion: porque la obligacion que en su orígen era de especie se convirtió en otra de cantidad, que es la que se atiende para la compensacion en el pago.

8. En las causas de deber hay tambien restriccion, co-

como sucede en los depósitos; pues quando se piden, no puede embarazarse su entrega y restitucion por efecto de compensacion, aunque sea en una misma cantidad ó especie, y aunque proceda una y otra de igual causa depositaria; pues siempre debe ser reintegrado en primer lugar el que se anticipó á pedir su depósito, quedando reservada al otro la accion para repetir el suyo. *Ley* 5. *tit.* 3. *Part.* 5. *ley* 27. *tit.* 14. *Part.* 5. §. 30. *Institut. Just. tit. de Actionib. leg.* 11. *Cod. de Deposit. leg.* 14. *Cod. de Compensat. Cap.* 2. *extrà de Deposit.* Gonzal. *in dict. cap.* 2. *n.* 12. *et* 13. Salgad. *de Reg. protect. part.* 2. *cap.* 6. *n.* 72. Hermosil. *glos.* 5. *dict. leg.* 5. *tit.* 3. *Part.* 5. *n.* 1. Castil. *lib.* 9. *cap.* 16. *n.* 12. Vinnius *dict.* §. 30. *de Actionib. vers. último.*

9. Todas las enunciadas leyes y autoridades citadas en el número próxîmo convienen en la excepcion indicada, y en la razon en que se fundan, atribuyendo á iniquidad y perfidia el intento de embarazar la restitucion del depósito, habiéndola ofrecido de buena fe, que es lo mismo que si dixesen con mayor claridad, como yo lo entiendo, que la materia de que se trata no es de las que admiten compensacion: porque el depositario se obligó únicamente al mero ministerio de guardar la cosa depositada, y á volverla quando la pidiese el dueño de ella, cuyo dominio y posesion conserva enteramente; y el cumplimiento específico de esta obligacion del depositario no puede suplirse con el pago de la misma cosa depositada, ni por la compensacion de otra equivalente, pues seria volver ó pagar una cosa por otra.

10. Aunque el Rey, los Concejos y Comunidades están en la regla de admitir las compensaciones, que les proponen sus acreedores, reciben tantas excepciones, que en pocos casos tiene lugar la compensacion, como se observa en las leyes y Autores que tratan de ello. *Leg.* 12. *et* 46. §. 4. *et* 5. *ff. de Jur. Fisci. Leg.* 4. *et* 7. *Cod. de Compensat. ley* 26. *tit.* 14. *Part.* 5. Castill. *Controv. lib.* 4. *cap.* 40. *n.* 69. en donde refiere los que mas de intento tratáron la materia.

Tam-

11. Tambien admite diferentes restricciones la regla ya insinuada, de que la compensacion, que puede oponerse al principal acreedor, procede igualmente respecto de su cesionario, y habiendo tratado largamente de todas ellas los Autores de mejor opinion, seria inútil repetirlas en estos Apuntamientos. Olea *de Ces. jur. tit. 6. q.* 11. *a n.* 22.

12. Resta por último exâminar en que tiempo y estado de los autos deba proponerse la compensacion. Esta duda se resuelve con uniformidad por los Autores de mejor nota, asegurando que no solo puede producirse ante el Juez de la primera instancia en todo el progreso de los autos, sino tambien en el Tribunal á donde hayan ido por apelacion, aun despues de dadas las sentencias que causan executorias. Fúndanse en que la compensacion, aunque se llama impropiamente algunas veces excepcion, y por este concepto, ya fuese *dilatoria* ó *perentoria*, debiese usarse de ella en la primera instancia, y en los términos que prescriben las leyes, señaladamente la 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.*, no es á la verdad excepcion sino pura defensa con efectos de paga; y así como esta tiene lugar en qualquier instancia y tiempo, aun quando se trata del cumplimiento de las sentencias executoriadas, procede por la misma regla la compensacion, porque una y otra extinguen la accion del acreedor, lo qual no sucede en las verdaderas y legítimas excepciones, que dexan permanente la accion, y solo detienen sus efectos compulsivos y executivos. Vinnius. §. 30. *Instit. Justin. de Actionib. n.* 2. Salg. *de Retention. part.* 2. *cap.* 9. *n.* 6. *et* 7. Scacia *de Sentent. et re judic. glos.* 7. *q.* 4. *inspect.* 3. *n.* 137. Surd. *Decis.* 191. *n.* 4. *et* 7.

CA-

CAPÍTULO VI.

De la reconvencion y mutua peticion.

1. Es la reconvencion una nueva demanda diversa en todas sus partes de la anterior introducida por el actor, porque la accion de este y la que en su contestacion propone ahora el reo son notoriamente diversas; y aunque las personas parecen unas mismas, son distintas en sus representaciones, porque el reo de la primera es actor en la segunda y al contrario, produciendo las enunciadas representaciones diversidad legal en los juicios. *Ley 32. tit. 2. Part. 3. vers. La trecena*: *ley 57. tit. 6. Part. 1. ley 4. tit. 10. Part. 3: cap. 2. de Ordin. cognition. Cum ea in modum actionis proposita, intelligantur mutuæ petitiones sese tanquam diversæ minime contingentes. Clement. sæpe §. Verum de verb. significat* : *ley 14. cum Authen. Et consequenter Cod. de Sentent. et interlocut.* : *ley 1. tit. 5. lib. 4. Recop.* Salgad. *Labyrint. part. 1. cap. 16. n. 13. et de Supplicat. part. 2. cap. 15. per tot.*

1. El poseedor de un mayorazgo, si redime los censos á que están afectos sus bienes, no confunde sus acciones, aunque se reunan en una misma persona, ántes bien las conserva para sus herederos en calidad de libres: porque la representacion con que obra en la redencion del censo es diversa de la que tiene como poseedor del mayorazgo. Salg. *Labyrint. part. 2. cap. 7. per tot. præcipue n. 26. et 27.* Idem *de Retention. part. 1. cap. 11. à n. 11.* Olea *de Cess. jur. tit. 4. q. 1. n. 35. vers. Id autem.*

3. Lo mismo sucede en el heredero que admite la herencia con beneficio de inventario; pues aunque se trasladan en su persona las obligaciones de la herencia, limitándose únicamente su cumplimiento al valor de ella, conserva las acciones que anteriormente le competian por otras causas, subsistiendo la diversidad legal de su persona, como si realmente fuesen dos. *Ley 8. tit. 6. Part. 6.*

"E

"É si aquel, que es establecido por heredero, oviese al»guna demanda, ó le deviese alguna cosa aquel que le »estableció por su heredero, en salvo le finca la deman»da, ó aquello quel devia el testador, si el inventario »ficiere así como sobredicho es." Vinnius *Instit. tit. de Hæred. qualit.* §. 5.

4. En el tutor, que gobierna la persona y bienes del pupilo, se reunen dos conceptos que mantienen la diversidad de su persona para todos los efectos legales.

5. Por todos estos principios debia establecerse, como segura conseqüencia, que el actor de la segunda demanda, en que se incluye la reconvencion ó mutua peticion, siguiese la regla general de introducirla ante el Juez del domicilio del reo, ó de aquel que por otra qualquiera causa tenga jurisdiccion para conocer de sus causas, determinarlas, y llevar á execucion sus sentencias. Carlev. *de Judiciis tit.* 1. *disput.* 2. *q.* 1. *cum pluribus ibi relatis.*: *ley* 32. *tit.* 2. *Part.* 3.: *ley* 4. *tit.* 3. *de la mis. Part.*: *ley* 8. *tit.* 3. *lib.* 4. *de la Recop. Cap.* 5. *et* 8. *de Foro competent.* Gonzalez *in dictis capit.*

6. Esto no obstante, están declaradas con uniformidad todas las Leyes y Cánones á favor del Juez, que empezó á conocer como Ordinario y competente de la accion y demanda introducida contra el reo que estaba sujeto á aquel Juzgado por razon de domicilio, ó por otra de las causas legales, para que él mismo pueda exercitar su jurisdiccion, y extenderla á conocer y determinar las causas del mismo actor, que propusiese el reo por via de reconvencion y mutua peticion, aunque sea de diverso fuero y jurisdiccion.

7. Esta prerogativa ó privilegio con que se halla limitada la regla de que el actor haya de seguir el fuero del reo, y proponer ante su Juez las acciones que haya de introducir, no solo es relativa á los Jueces Ordinarios, sino tambien á los delegados; pues sin embargo de que estos tengan una jurisdiccion mas estrecha, porque sale limitada de la boca del delegante en calidad de manda-

to cuyos fines no es lícito exceder, y sea por otra parte privilegiada y exôrbitante del derecho comun en la comision que se dá para conocer y determinar ciertas causas, y que todas estas circunstancias obligan á reducir su cumplimiento á los términos, que explica la comision ó mandato sobre las causas y personas que contiene el rescripto, *cap. 2. de Mutuis petitionib. Ut sibi juxta mandatoris rescriptum. Cap. 5. de Rescript. Aut mandatum nostrum reverenter adimpleas. Cap. 6. de Præbend. et dignitatib. Cap. 22. Cum enim in litteris nostris eisdem principaliter mandaretur* : *et* ibi : *Ipsi formam mandati Apostolici transponentes. Cap.* 40. *de Officio judic. delegat. Cum hujusmodi delegata jurisdictio ad alias personas nequeat prorogari.* Gonzalez *in dict. cap.* 40. *n.* 5. *et in cap.* 36. *n.* 4. *et* 6. *dict. tit.* Vinnius *Instit.* §. 8. *de Mandato*; ceden sin embargo todas estas consideraciones á la mas preeminente de que el mismo Juez conozca de las causas y acciones que introduzca el reo contra el actor por reconvencion y mutua peticion. *Cap.* 1. *et* 2. *de Mutuis petitionib.* Gonzalez *ibid. cum pluribus relatis.* Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 4. *à n.* 14. : *ley* 20. *tit.* 4. *Part.* 3. *ibi* : "E aun decimos, que despues que el demandado haya respuesto á »la demanda de su contendor delante del Juez delegado, si él quisiere facer otra demanda al demandador »delante ese mismo Juez, que lo puede facer, como en »manera de reconvencion. E ha poderio el delegado, de »oir tal pleyto, é librarlo, maguer non le fuese encomendado señaladamente: ca guisada cosa es, que des»pues que el demandador quiso alcanzar derecho ante ese »Juez, que antel lo faga el demandado."

8. Aun hay otra mas extensiva y preeminente facultad que se atribuye por efecto de la reconvencion ó mutua peticion á los mismos Jueces seculares, que conocen de las causas que intentan los Clérigos contra legos; pues reconvenidos ante el mismo Juez Real y en el propio juicio deben contestarlo en aquel fuero, y estar á la sentencia que diere el Juez Real, sin que puedan alegar excep-

cepcion de competencia, ni reclamar el fuero que siendo reos les conceden las Leyes y los Cánones en todas sus causas. *Ley* 57. *tit.* 6. *Part.* 1. *ibi* : "Mas si el Clérigo »demandare alguna cosa al lego temporal, tal demanda »como esta debe ser fecha ante el Judgador seglar, é si »ante quel pleyto se acabase, el lego á quien demanda, »quisiere facer otra demanda al Clérigo su demandador, »allí debe responder por aquel mismo juicio, é non se »puede escusar, por la franqueza que han los Clérigos por »razon de la Iglesia."

9. Á vista de estas particularísimas prerogativas que se han dispensado á las reconvenciones y mutuas peticiones, limitando y derogando en este punto las Leyes y Cánones, que con tanta razon protegen al reo para que pueda defenderse dentro de su domicilio y fuero en las acciones que se intenten contra él, es preciso considerar que habrán tenido los Legisladores fundamentos poderosísimos para deferir con tanta indulgencia á la relaxacion del derecho comun.

10. En la citada *ley* 57. *tit.* 6. *Part.* 1. no se expresa razon alguna que excitase á sujetar el Clérigo al fuero del Juez lego, derogando el suyo en lo general y en la particular inmunidad que gozan los Eclesiásticos.

11. En la 32. *tit.* 2. *Part.* 3. se establece la regla de que el demandador debe poner su demanda ante aquel Juez que ha poder de juzgar al demandado, que es decir, que ha de buscar y seguir el fuero del reo; y procediendo á las limitaciones de esta regla, señala la 13. para el caso de la reconvencion ó mutua peticion en estos términos: "La trecena es si el demandado quiere »mover algun pleyto contra aquel que face la deman»da. Ca luego quel haya fecho respuesta á ella, tenudo »es el otro de responderle á la suya, é non se puede es»cusar que lo non faga; maguer diga que no es del jud»gado del Juez ante quien le facen la demanda:" y continúa dando la razon fundamental de esta singular disposicion : *ibi* : "É esto tovieron los sabios por razon, porque

"bien así como al demandador plugo de alcanzar dere-
"cho ante aquel Judgador, que así le sea tenudo de res-
"ponder antel."

12. El grande Papiniano, que es el primero de los sabios á quien puede referirse la citada ley de Partida, formó su opinion, que pasó á ser ley por la autoridad y ampliacion que la diéron los Emperadores, convencidos de la propia razon y fundamento que explican en la *ley* 14. *Cod. de Sentent. et interlocutionib. Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur. Authent. Et consequenter. eod. tit.* ibi: *Et consequenter ego ab aliquo conventus, si vicissim ipsum pulsare velim, statim quidem hoc non licet, ni apud eundem judicem. Qui si displiceat, intra viginti dies recusari potest, aliumque mereri apud quem rursus utrumque negotium ventiletur; alioquin lite contra me mota, prius ventilata, et terminata, tum demum et ego admitar. Novel.* 96. *cap.* 2. §. 1. *Et eundem esse judicem in utroque negotio. Novel.* 123. *cap.* 25. *Si vero et in quibusdam causis, vel actionibus semetipsos obligatos fecerint in tempore, in quo responsa faciunt, pro iis conventiones suscipiant. Canon.* 1. *cau.* 3. *q.* 8. §. 2. ibi: *Cujus in agendo quis observat arbitrium, eum habere etiam contra se judicem in eodem negotio non dedignetur.*

13. En la letra de las autoridades referidas se presenta la disposicion primitiva que introduxo la restriccion de la regla ya insinuada, de que el actor hubiese de seguir siempre el fuero del reo en sus demandas; y se presentan tambien las ampliaciones que sucesivamente diéron los Emperadores, y siguiéron los Cánones, á la enunciada limitacion en quanto á las causas y acciones, tiempo y circunstancias en que debian proponerse, por via de reconvencion ó mutua peticion ante el mismo Juez que conocia de la primera demanda ó causa, sin permitir al reo usase de su accion contra el actor en otro juicio, hasta que se acabase el primero intentado contra él.

En

14. En la razon principal, que justifica con equidad el privilegio de la mutua peticion, no se detuviéron algunos de los muchos Autores que han tratado de ella: otros la entendiéron con diverso sentido, deduciendo opuestas conseqüencias que hiciéron obscura y confusa la decision de este asunto; y para darle la claridad posible, que no era fácil recibiese haciendo mérito de todas las opiniones, se resumirán las mas autorizadas.

15. Pedro Barbosa en la *ley 29. ff. de Judiciis* supone que la razon de Papiniano fué entendida y explicada generalmente en los términos siguientes: *Ut cum actor elegerit Judicem rei, coram quo illum conveniat, eundem debet agnoscere judicem contra se, si coram eodem reconveniatur*; y estimó de tanto peso esta libertad en la eleccion del Juez, que sin ella no admite la reconvencion, como sucede en el dictamen de este Autor, quando se expide el rescripto á los Jueces delegados *motu propio*, ó por uniforme consentimiento de las partes, y en otros casos que refiere á los *nn.* 11. 41. 48. *y* 49.

16. Pareciéndole que estos principios de libertad y eleccion no podian conciliarse con la necesidad, que imponen al actor las Leyes y los Cánones, de seguir el fuero del reo en sus demandas, figuró este punto de libertad y eleccion al tiempo de los contratos y obligaciones, queriendo que el acreedor se precaviese con el pacto de que el deudor se hubiese de someter al fuero y jurisdiccion de aquel, por cuyo medio salia de la necesidad de buscar al reo en su fuero, y quedaba seguro de que quando á este le quisiese reconvenir, lo hubiese de hacer en el del actor: *ibi. n.* 17. *Sed nihilominus salvando communem expositionem, considerandum est, quod ideo actor dicitur eligere Judicem rei, quia tempore contractus potuit facere, quod reus renuntiaret propio foro; quod cum non fecerit, videtur voluisse id quod jus in eo casu disponit: et sic in hoc sensu dicetur elegisse Judicem rei, coram quo eum conveniat.*

17. El Señor Gonzalez en la exposicion del *cap.* 1. *de*

Mu-

Mutuis petit. adopta el mismo pensamiento de Barbosa, y atribuye la libertad de la eleccion al contrato, en cuya celebracion fué libre el actor, y lo debe ser en sus conseqüencias.

18. Sin embargo de que estas opiniones tan autorizadas preocupáron á otros muchos que las siguiéron sin discernimiento, me parece que la razon de equidad en que se fundó la sentencia de Papiniano, que admitiéron despues los Emperadores, consiste en la aprobacion que hace el actor del Juez del reo, ante quien pone su demanda, considerándole en este acto por justo, íntegro y de todas las prendas recomendables que aseguran la administracion de justicia; siendo cosa indigna y muy reprobada en el derecho, que refutase al mismo Juez en la reconvencion del reo, á no ser por alguna causa superviniente á su aprobacion en el tiempo de la demanda.

19. La regla de que el actor debe buscar el fuero del reo para demandarle es cierta; pero no está ligado á proponer su accion ante el Juez Ordinario que le sea sospechoso, lo qual seria cosa durísima. *Ley 22. tit. 4. Part. 3. ibi*: "E porque es mucho peligrosa cosa de aver »ome su pleyto delante del Judgador sospechoso." *Cap. 5. de Exceptionib.* ibi: *Cum periculosum sit coram suspecto judice litigare.* Para ocurrir pues á este grave inconveniente franquean las leyes dos remedios: el uno pedir al Rey ó al Consejo, como se hace freqüentemente, que se nombre un Juez imparcial en el fuero del mismo reo, ante quien pueda usar de su accion, mediante no poder hacerlo ante su Ordinario por las causas de sospecha que debe expresar y justificar á lo ménos con su juramento, y que parezcan probables al Tribunal superior que ha de expedir la comision y nombramiento de nuevo Juez.

20. El segundo remedio que compete al actor ántes de introducir su demanda, siendo el Juez Ordinario del reo sospechoso y no habiendo otro competente en aquel territorio, es el de introducirla en el Consejo, ó Chanci-

cillerías por caso de Corte, atendidas las circunstancias que indica la *ley* 21. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.*, y en otros casos que estiman los Tribunales superiores, especialmente el Consejo, deber radicarse en ellos las causas civiles en primera instancia, para que la justicia sea expedita, y se administre con integridad y sin respetos humanos. *Ley* 21. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop. ibi*: "Y los otros, que »por algunos respectos nos pareciere, que se devan rete»ner en el nuestro Consejo." *Ley* 22. *siguiente ibi*: "Man»damos que los del nuestro Consejo tengan poder, y ju»risdiccion, cada que entendieren que cumple á nuestro »servicio, y al bien de las partes, para conocer de los »tales negocios, y los ver, y librar, y determinar sim»plemente, y de plano, y sin estrépito, y figura de juicio, »solamente sabida la verdad."

21. Y no usando el actor de estos medios legales, explica su libertad y eleccion á favor de la justificacion, integridad y buenas prendas del Juez del reo, ante quien pone su demanda, y dicta de consiguiente la equidad y la razon que reciba su arbitrio y determinacion en los negocios propios, si fuese demandado por el reo.

22. En la citada disposicion de Papiniano, que es la primitiva á que se refieren las otras, no hay palabra que explique, ni aun indique por causa de su disposicion la eleccion del actor acerca del Juez, pues las dos que incluye ibi: *Observat arbitrium*, son adaptables con mayor propiedad á que quiere estar y pasar por la sentencia que diese, mediante el reconocimiento que hace de la integridad y justificacion de aquel Juez, ante quien puso su demanda; pues aunque estaba necesitado de buscarle en el fuero del reo, podia hacerlo ante aquel que no le fuese sospechoso; verificándose de consiguiente, que no se ha de buscar la voluntad ó eleccion del actor en los contratos, ó quasi contratos celebrados con el reo, como quieren unos, ni en que buscase el Juez del reo, sino en que le hallase sin sospecha en la administracion de la justicia.

En

23. En la *Novela 96. tit. 8. cap. 2.* se halla demostrada con muy sólido fundamento esta sentencia. Entra suponiendo que es notorio, que así como el actor era libre en poner su demanda contra el reo ante el Juez de su fuero, competia igualmente á éste el uso de sus acciones contra el mismo actor que por diversa causa venia á ser reo, debiendo seguir su fuero en esta nueva demanda. De aquí resultaban gravísimos inconvenientes que turbaban la tranquilidad pública, y ofendian al mismo tiempo los respectivos intereses de estas partes; pues luego que el reo se hallaba próxîmamente amenazado con la primera demanda de su actor, hacia uso contra este de la suya ante el Juez de su fuero, que en lo general era diverso, ó podia serlo. De consiguiente eran dos los pleytos, los gastos mayores, se aumentaban los cuidados y desvelos, y lo que era mas, se apuraban los medios á la malicia para dilatar las causas por el interes que tenian los actores en que se acabase primero la suya, viniendo á hacerse interminables.

24. La experiencia de estos sucesos llamó toda la atencion de los Príncipes y de los Magistrados para atajar tan graves daños, que es uno de los objetos primitivos de su institucion y oficio. *Ley 2. y siguientes tit. 2. lib. 2. de la Recop.* Bobadilla *lib. 3. cap. 14. à n. 77.* Larrea *decis. 4. n. 8.* Gonzalez *in cap. 5. de Dolo et contum. cap. 3. n. 7. Nacthen, de Justi. in litib. vulnerat. cap. 1. et Cap. 5. de Dolo et contum. Cap. 1. de Appellationib. in sex. Clement. 2. de Judiciis.* Y para esto no pudiéron hallar medio mas oportuno, que el establecido por las citadas leyes, de que el que es reo en la primera demanda, y quiere producir la suya contra el mismo actor, lo haga ante el Juez del propio fuero que empezó á conocer de la primera instancia, reduciéndose los dos procesos á uno; y haciéndose la defensa mas expedita al reo que tomaba las partes de actor en la nueva demanda, pues la radicaba en su propio fuero, y se conseguia la igualdad en la duracion de las dos instancias, determinándose en

una

una sola sentencia por el órden con que se habian introducido.

25. Con la observancia de estas disposiciones se asegura el beneficio público y el de las partes; demostrándose así que el haberse reunido las convenciones y mutuas peticiones, no fué un favor singular dispensado al reo de la primera demanda, para que pudiese introducir la suya ante el Juez de su propio fuero que conocia de aquella, sino que igual beneficio alcanzó al actor para no ser distraido ni molestado con la nueva demanda del reo ante otro Juez, aunque fuese el de su propio fuero, obligándole, para atender á la defensa de esta causa, á abandonar la que primeramente habia él introducido.

26. En esta restriccion no se ofende la libertad del que es reo en la primera causa, pues pudo muy bien usar de ella ántes de ser demandado, y entónces lo haria en el fuero del reo, obligándole á que usase de la suya allí mismo, pues las leyes favorecen á los diligentes.

27. Puede tambien esperar á que se concluya y determine la primera demanda, y usar despues de la plena libertad de proponer la suya ante el Juez del fuero del reo, que habia sido actor en aquella instancia; de suerte que solo en el caso de querer producirla, estando pendiente la primera causa y en sus principios, tiene ceñida su libertad á que lo haya de hacer en el Tribunal del Juez, que empezó á conocer de la primera demanda.

28. Pero si el reo, que fué primeramente demandado en su fuero, tuviese al Juez por sospechoso, se le auxîlia por el medio de la recusacion, y el de que pida otro Juez libre de recelos para las dos partes; el qual se le dará dentro de aquel propio fuero ante quien podrá introducir su demanda, y se unirá á ella la que ántes estaba propuesta por el actor con el fin indicado de que se proceda en las dos á un mismo tiempo, y se determinen con una sola sentencia á beneficio del Público y de

las partes; debiendo observar el reo el término de 20. dias, que se le señalan en el citado *cap. 2. §. 1. de la Novela 96.*, para explicar las sospechas y los recelos que tenga del Juez, ántes de contestar la primera demanda: porque la contestacion induce aprobacion del mismo Juez, y no podria tenerle despues por sospechoso á no ser por alguna causa superveniente, que debe alegar, jurar y probar.

29. De estas disposiciones, que se han traducido en todo lo esencial, resaltan dos observaciones capitales en la materia de que se va tratando. La primera, que la aprobacion que hacen las partes del Juez, teniéndole por íntegro y sin sospecha, es la causa remota ó secundaria del privilegio concedido á la reconvencion ó mutua peticion, pues se atiende al interes de los litigantes, evitándoles el riesgo y daño á que se exponen, poniendo sus causas en manos de un Juez sospechoso.

30. La segunda, que el beneficio público que se asegura en la extincion de los pleytos, en su reduccion ó moderacion es la causa principal y próxîma que excitó y justificó la singularidad y efectos de la reconvencion ante un propio Juez, desviándose de la regla general de que el actor haya de seguir en sus demandas el fuero del reo.

31. De esta última parte, que está bien autorizada en las enunciadas Leyes y Cánones, señaladamente en la *Novela 96. cap. 2.*, puede nacer la ampliacion que se dió á las causas profanas de los Clérigos, para ser reconvenidos en los Tribunales del Juez lego sin embargo de la exêncion que gozan. Larrea *Decis. disput. 4. n. 8.* con muchos que refiere, *Cap. 3. de Rescript. in sex.*; pues como la debiéron á la generosa mano de los Príncipes seculares, de cuya opinion nadie podrá dudar con fundamento, segun se demostrará en lugar mas oportuno, no debe entenderse, ni ampliarse en daño de la causa pública, que estaba preservado por otras leyes particulares de los mismos Príncipes, como sucede en las reconvenciones y mutuas peticiones.

He

32. He observado tambien en los muchos Autores que tratan difusamente de las reconvenciones, que no tocan el punto de si los actores legos, que ponen sus demandas á los Clérigos en su fuero, podrán ser reconvenidos en el mismo sobre causas profanas; y sin duda procederá este silencio de no hallar motivo para dudar de que así sea, guardando entera uniformidad entre Clérigos y legos; pues así como aquellos, sin embargo de no poder renunciar la inmunidad de su fuero, *cap.* 12. *de Foro competent.* Gonzalez *in dict. cap. cum pluribus ibi relatis*, se sujetan al Real por efecto de la reconvencion; tambien los legos, aunque les está prohibido someterse en las causas profanas al fuero Eclesiástico, *ley.* 10. *y* 11. *tit.* 1. *lib.* 4. *de la Recop.*, han de ceder al beneficio público en que se funda la reconvencion con todos sus efectos.

33. Del tiempo, en que deben ponerse las demandas de reconvencion, han tratado los Autores con notable variedad. Unos dicen que puede introducirse en qualquiera estado del juicio pendiente sobre la primera demanda, haciéndose ántes de la sentencia. Otros aseguran que solo puede hacerse ántes de la contestacion, ó en el tiempo próxîmo á ella; y algunos, conciliando estas dos opiniones, dicen que la reconvencion introducida ántes de la contestacion de la primera demanda, ó en el mismo acto próxîmo á ella, goza de los dos efectos ó privilegios de traer al actor al Juez del reo, y de que sigan las dos demandas en un proceso y sentencia; pero que introduciéndose despues de la contestacion, aunque esté pendiente el juicio, pierde el principal efecto de substanciarse y determinarse á un mismo tiempo, y que solo tendrá el de radicarse ante el propio Juez del reo que puso la reconvencion, aunque no lo sea del actor que instauró la primera demanda.

34. Estas opiniones pudiéron tener en lo antiguo alguna probabilidad, aunque yo siempre estaria por la segunda, y no admitiria reconvencion en otro estado del

juicio que en el de la contestacion: porque solo en este caso se verifica el beneficio público de reducir los pleytos, seguirlos y determinarlos en un mismo proceso. Pero en el dia ya están abolidas por la disposicion de la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.*, que prescribe el término de 20. dias para que el reo, si entendiere que le cumple, pueda poner y hacer su pedimento de reconvencion y mutua peticion contra el actor y no despues.

35. Esta ley ha confirmado muy claramente la proposicion anteriormente indicada, de que la causa principal y próxîma de admitir las reconvenciones ha sido siempre el beneficio público de seguirse y determinarse á un mismo tiempo las dos demandas; y como esto puede verificarse cómodamente poniendo la de reconvencion dentro de los 20. dias, no se admiten las que se introduzcan despues, y queda el reo en libertad para usar de su accion separadamente en el fuero del que en la primera demanda es actor, despues de concluida, debiendo imputar á su negligencia el perjuicio de la dilacion que pueda sentir; pues estuvo en su mano prevenirlo y repararlo usando de su derecho en el término de los 20. dias, logrando á un mismo tiempo el beneficio particular de seguir su instancia dentro de su fuero, sin necesidad de recurrir despues al del reo.

36. Si la primera demanda es sumaria por su naturaleza, ó porque se haya mandado por rescripto que se proceda en ella breve y sumariamente sin estrépito ni figura de juicio, *appellatione remota*, la reconvencion seguirá la misma suerte, para que se substancien y determinen á un mismo tiempo las dos demandas guardando toda igualdad entre las partes. *Cap.* 2. *de Mutuis petitionib.*

37. En los juicios executivos se han ofrecido graves dificultades para dar entrada á la reconvencion ó mutua peticion. Unos aseguran que debe admitirse y correr por los mismos términos de la execucion, siempre que dentro de ellos pueda liquidarse y probarse, y si requiriese

mas

mas alto exâmen, dicen que no se ha de suspender, ni perder su curso la instancia executiva, reservándose continuar la reconvencion en juicio separado ante el propio Juez. Aceved. á la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *de la Recop. n.* 68. Carlev. *de Judiciis tit.* 2. *disput.* 7. *n.* 9. Gonz. *in cap.* 1. *de Mutuis petitionib. n.* 6. Scac. *de Sentent. et re judicat. glos.* 7. *q.* 4. *spect.* 3. *n.* 138. Salg. *Labyrint. p.* 1. *cap.* 16. *á n.* 9.

38. Aunque para fundar esta opinion recurren á diferentes medios, todos son generales y vagos, de pura comparacion y semejanza, porque no hallan ley Civil ni Canónica con que puedan autorizarla. Don Alonso Acevedo, que se lisongeó en el lugar citado al fin del *n.* 72. haber discurrido como ninguno en esta materia, persuadido de que la explicaba con mejor discernimiento que otros, la funda principalmente en que la reconvencion es una de las excepciones mas legítimas, recibida por derecho Civil, Canónico y Real para impugnar y rebatir la convencion; y que estando dispuesto en la *ley* 2. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* que se admita en la via executiva toda excepcion legítima que se pueda liquidar y probar dentro de los diez dias que señala la misma ley, le parece consiguiente que tenga lugar en estas circunstancias la reconvencion, conviniendo en que si no se liquidase en dicho término, continúe su curso la execucion, reservándose el correspondiente á la reconvencion en otro juicio ante el mismo Juez.

39. Carleval en el lugar citado al *n.* 10. recomienda los fundamentos indicados por Acevedo: ibi: *Qui adducit multa, et bona fundamenta*; y sobre los mismos proceden casi sin diferencia los demas Autores que llevan esta opinion.

40. Otros siguen la contraria, estableciendo por regla constante, que en los juicios executivos no tiene lugar la reconvencion. Baldus *in Authen. Et consequenter. de Sentent. et interlocutionib. n.* 17. *et alii relati á* Carlev. *dict. tit.* 2. *disputat.* 7. *n.* 9. *et* Acev. *in dict. leg.* 1. *n.* 68. Sus fun-

fundamentos podrán verse en los mismos Autores citados, pues aunque yo admito por mas segura, ó á lo ménos por mas probable esta opinion, procedo con otras razones que me parecen mas sólidas y calificadas en las leyes, y en la práctica y observancia de los Tribunales.

41. En los 32. años que he asistido á los de la Corte defendiendo y determinando negocios, no he visto, ni aun oido, que se haya introducido una reconvencion ó mutua peticion para detener ó elidir la via executiva; y quando el no uso de este remedio no manifestase en lo general el no hallarse recibido, á lo ménos indica que es poco útil, y que hay otros medios mas seguros y expeditos por donde puedan los interesados aprovecharse de la accion ó excepcion que habian de producir en forma de reconvencion ó mutua peticion.

42. La *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* dispone: Que contra las obligaciones y contratos que tengan aparejada execucion, no sea admitida, ni recibida "ninguna otra excepcion, ni defension, salvo paga del deudor, ó promision, ó pacto de no lo pedir, ó excepcion de falsedad, ó excepcion de usura, ó temor, ó fuerza, y tal que de derecho se deva rescebir; y si otra qualquiera excepcion se alegare, no sea rescebida, ni el que la pusiere sea oido."

43. La primera parte de esta ley entra con una disposicion negativa, excluyendo del juicio executivo todo lo que no esté señalado y comprehendido en la misma ley; y no satisfecha con la primera cláusula la repite haciéndola general á otra qualquiera excepcion que se alegare, convenciéndose por estos dos medios, que solo quedáron habilitadas en calidad de excepcion ó defensa las que literalmente se expresan en la misma ley, donde no se hace mencion de la reconvencion ó mutua peticion; y esta omision la dexa fuera de la clase de aquellas que pueden alegarse y ser recibidas.(a)

44. Compruébase este pensamiento lo primero, porque la mutua peticion es una accion formal y diversa

de

(a) Lo contrario persuaden la expresion [illegible] q. se deba recebir: la de la 2 de mismo tit. y lib. q. dice: Salvo si [illegible] diez dias [illegible] tal paga o [illegible]: la de la 6a de [illegible] q. en mismo dice: alegare paga u otra excepcion q. sea de recebir [illegible] en casos precisos [illegible]

de la que contiene la demanda ó instancia executiva, en cuyo punto convienen todos los que han tratado de las reconvenciones; de suerte que ni es excepcion, ni es defensa. No es excepcion, porque su fuerza es relativa á detener ó elidir la accion á que se dirige; y ménos es defensa, porque esta supone defecto de accion en su orígen, ó hallarse ya enteramente extinguida; y en esta clase está la paga ó la compensacion que es su equivalente, cuya diferencia se advirtió al fin del capítulo anterior, tratando de la compensacion, y la observó y explicó con mucho conocimiento Gonzalez en el citado *capit.* 1. *de Mutuis petitionib. n.* 6. ibi: *Reconventionem esse rei conventi adversus actorem, durante conventionis judicio, viscissim sub eodem judice institutam actionem*: *et* ibi: *Dicitur actio instituta, ut distinguatur ab exceptione, qua nihil prosequitur, sed tantum excludit, minuitque intentionem agentis. Unde exceptione opposita, nisi reus novam actionem instituat, non datur reconventio, seu mutua petitio.*

45. De lo expuesto nace por necesaria conseqüencia, que si el interes del reo executado se propone como excepcion ó defensa, no es entónces reconvencion ni mutua peticion, y se quedará en la clase de pura compensacion sujeta á las reglas que están indicadas en el capítulo antecedente; y si el reo propone el mismo interes por via de accion, en cuyo fundamento consiste la reconvencion, es error llamarla entónces excepcion ó defensa, pues ni aun el nombre la queda de las que admite la citada *ley* 1. en los juicios executivos.

46. La accion, que se promueve en ellos, ha de entrar líquida y probada; pues sin estas calidades no podrá el Juez despachar la execucion, y ménos reservarse su exâmen y prueba para los diez dias: porque así como la execucion pedida por el actor, si no va calificada desde luego con la prueba y liquidacion que prescriben las leyes, no se despacha; lo mismo debe suceder en la execucion que pretenda el reo executado por via de reconvencion ó mutua peticion, sin reservar su prueba para los

recibir, y la de la 27. t.º 6.º libro 3.º de la Rec. en estas precisas palabras: Y aunque los corregidores en algunos casos procedan sumariamente no deben recibir las excepciones legítimas y probanzas necesarias.— Véa Disert.ª 14. n.º 12 y sig.

los diez dias, que son privativos á las excepciones y defensas, pero no á las nuevas acciones.

47. Para dar lugar á las reconvenciones executivas, debe suponerse que así la accion que promueve el actor, como la que propone el reo en su reconvencion, están probadas con instrumento auténtico, ó con reconocimiento y confesion de las partes, ó que nacen de cosa juzgada. Tambien se debe suponer que la materia de las execuciones son las deudas de cantidad líquida; y concurriendo estas dos circunstancias, así en la accion del actor, como en la del reo, se despacharian dos execuciones, si se intentase la reconvencion ó mutua peticion, con notable embarazo de las diligencias judiciales y mayores gastos viciosos; á cuyo remedio se atiende mas seguramente, usando el reo de su accion en forma de compensacion y defensa, que es lo que se practíca y observa en todos los juicios executivos; y á este fin, y para no caer en la pena de la *plus* peticion, se precave el actor executante con la cláusula saludable de admitir en cuenta de la cantidad que pide justas y legítimas pagas; esto es, qualquiera otra cantidad que el reo le hubiese pagado realmente, ó por un equivalente medio, como lo es el de la compensacion, porque como desde el punto que la indica el reo se retrotrae al tiempo de los respectivos contratos, y se consideran desde entónces *conquasadas* las obligaciones, viene á resultar que pidiendo el actor execucion por toda la cantidad de la obligacion, que está á su favor, pide con exceso á la que legítimamente le es debida, si se ha de descontar la que el mismo actor está debiendo al reo executado por iguales contratos, ú obligaciones probadas, ó que puedan justificarse en el término de los diez dias.

48. El de veinte señalados en la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.*, para que el reo pueda poner y hacer su pedimento de reconvencion y mutua peticion contra el actor, no tiene cabimiento en los juicios executivos; y lo mas de que podria aprovecharse el reo, seria de los tres

dias

dias contados desde la oposicion, que son los únicos que señala la *ley* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* para alegar excepcion legítima, y probarla en el de los diez dias, conforme á las *leyes* 1. *y* 2. *del propio título.* Y constando ya por lo expuesto en este capítulo, que las reconvenciones no están en la clase de excepciones á que se limitan las enunciadas leyes, como se demuestra mas abiertamente por el epígrafe del *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.*, que trata de las reconvenciones que ponen los reos á las demandas, con cláusulas discretivas que indican absoluta diversidad de las excepciones dilatorias y perentorias, repitiéndose igual discernimiento en la 1. del mismo título; se hace evidente que el reo executado no tiene término alguno, ni aun el de los tres dias, para proponer su reconvencion en los juicios executivos, y ménos puede entrar á probarla en los diez dias que para este fin conceden las leyes citadas.

49. Los Autores, que admitiéron la reconvencion en los juicios executivos, proceden en su opinion sin aquel discernimiento que debian hacer de la naturaleza y del órden con que se procede en ellos, sin duda porque hallarian en estos pasos los graves inconvenientes que van indicados; pues como se despacha la execucion, quando la producen los instrumentos públicos que se presentan, sin citar al reo, y se hace la execucion en sus bienes muebles ó raices, publicándose unos y otros por el órden y términos que señala la citada *ley* 19., y despues de estas diligencias tiene lugar la citacion del reo, y empiezan á correr los tres dias para oponer las excepciones legítimas, y los diez para probarlas; no es fácil dar entrada en ellos á las reconvenciones, que son unas nuevas demandas contra el actor executante, á quien deberian comunicarse con tiempo competente para que alegase y probase contra ellas lo que entendiese que cumplia á su natural defensa.

50. Desconfiando los que siguen la enunciada opinion de poder sostenerla en su primera parte, relativa

á que las reconvenciones tengan lugar y procedan en las instancias executivas, declinan á la segunda parte subsidiaria, de que á lo ménos producirá la reconvencion propuesta en los juicios executivos el efecto secundario de prorogar la jurisdiccion del Juez que conoce de ellos, para que lo haga igualmente de la reconvencion contra el actor, desviándole de su fuero, y sujetándole al del reo, en donde se trate separadamente de la reconvencion en via ordinaria, acabado que sea el juicio executivo.

51. Esta opinion procede sobre diferentes supuestos, que forman otras tantas condiciones preliminares que no pueden exîstir, ni dar entrada al seguimiento de la reconvencion en los términos que se figura.

52. Suponen lo primero, que la reconvencion intentada en el juicio executivo, aunque en sí sea ordinaria, debe tomar la naturaleza de executiva, y seguir el curso de este juicio, sujetándose á los trámites breves establecidos por las leyes: porque formando la execucion y la reconvencion un solo juicio, seria monstruoso que se formase de dos extremos tan distantes; y seria por otra parte perjudicial al actor executante, si hubiese de perder el privilegio y actividad de su accion, difiriendo el pago al término de su reconvencion ordinaria, que por sí es mas largo, y podrá ser incomparablemente mas con las apelaciones y recursos que admite.

53. Suponen lo segundo, que no ha de poder probar con la claridad y solidez necesaria en el término de los diez dias la indicada reconvencion, y que por este defecto se ha de ir por la execucion adelante, y hacer el trance y remate en los bienes del deudor, pagando con su producto al acreedor; y acabado en todo el juicio executivo, suponen dichos Autores que ha de correr despues separadamente y por sí sola la reconvencion en los términos de la via ordinaria, conociendo de ella el Juez que entendió en la execucion por efecto de la progacion de la ley.

54. Este es el plan de la opinion referida, que presenta

ta á primera vista bastantes dificultades; pues resultando de los fundamentos indicados en la primera parte de su sentencia, que el juicio executivo no admite reconvencion, ni las leyes señalan término en que se pueda proponer, ni el curso que deba llevar, sin embargo de haber estado tan solícitas en prevenir hasta lo mas mínimo de estos juicios que son los mas escrupulosos y exâctos; faltan todos los presupuestos y condiciones para que pueda continuar la demanda de reconvencion acabado el juicio executivo, y ménos podria mudar y perder la naturaleza de executiva que habria recibido la reconvencion, y formar despues la ordinaria para continuarla.

55. El único fundamento, con que pretenden sostener su opinion los referidos Autores, consiste en que entienden que concurre la razon de Papiniano para esta prorogacion; pero en esto padecen el error de que ya quedan convencidos por lo expuesto anteriormente, y se reduce á que el reconocimiento que hace el actor del Juez del reo, de su integridad y justificacion, sin recelos ni sospechas algunas en la administracion de justicia, es solo una causa remota y parcial que excita el privilegio exôrbitante de sujetar el actor al fuero del reo, despojándole del suyo; pues que las causas próxîmas y principales de este privilegio son dos que tambien están indicadas, y consisten en que luego que el actor ponia su demanda al reo en su fuero, este, á quien se supone corresponder accion competente contra aquel, usaba de ella en el fuero del mismo actor, quien venia á ser en esta causa reo; por cuyo medio formaban dos pleytos, compitiendo las partes en los esfuerzos de hacerlos interminables, porque cada una deseaba se concluyese primero aquel en que era actor, y esperaba sacar interes; y este gran daño, que trascendia á lo general del Estado, se miró á precaver reuniendo las dos acciones en un juicio y en un Juez, y dexándolas correr á igual paso para que acabase en un mismo punto con una sola accion. Pero ni esta igualdad, ni los inconvenientes referidos, que son las dos

causas primitivas de prorogar la jurisdiccion del reo contra el actor, pueden tener lugar en la reconvencion producida en el juicio executivo: porque los términos de su curso señalados en las leyes son brevísimos; y aunque el reo en conformidad de la regla general pusiese su nueva demanda contra el actor executante en el fuero de este, no podia dilatarlos, ni pretender embarazar su determinacion, que siempre habia de ser muy anticipada á la que esperase en la demanda ordinaria, faltando por otra parte la circunstancia deseada de que estos dos juicios executivo y ordinario se acabasen con una misma sentencia, que son los dos puntos en que se apoya el privilegio de la reconvencion, sin que pueda, ni deba extenderse al caso que ahora se propone, de continuar la reconvencion en juicio separado, acabado el executivo.

57. Por última observacion en las reconvenciones que ponen los legos contra los Clérigos, quando estos son actores, ante los Jueces seglares, se debe advertir que la cosa que se pide por reconvencion ha de ser profana; pues aunque la ley por el beneficio público general, que se ha indicado, proroga para este fin la jurisdiccion del Juez seglar para conocer de las causas profanas de los Clérigos, removiendo la incopetencia que por su inmunidad y fuero personal les asiste, no han podido los Príncipes dar jurisdiccion á sus Magistrados, y ménos prorogarla para que conozcan de las cosas espirituales, sagradas ó eclesiásticas que se pusiéron por ley mas alta fuera de los límites y jurisdiccion de los Reyes, haciéndolas privativas de la Iglesia y de sus Ministros.

CAPÍTULO VII.

De la conclusion de la causa para prueba ó definitiva.

1. Nunca pierden las leyes de vista el interesante punto de abreviar la decision de los pleytos, pero rara vez se conforman las partes con este loable deseo: porque interesándose en la retencion de lo que poseen y gozan, resisten por todos los medios posibles llegar á la decision final, aun quando conciben su buena causa y derecho; y con mayor razon si desconfian de su vencimiento. Los Procuradores y Abogados suelen tambien ayudarlas en estas dilaciones, repitiendo alegaciones oficiosas, y llenándolas de discursos legales: porque en uno y en otro hallan su propio interes, y acaso mayor que el que espera lograr el principal litigante.

2. Las mismas leyes, que conocian por experiencia los graves daños que por los medios indicados sufria el Público, quisiéron precaverlos, disponiendo que no se presentasen mas de dos escritos hasta la conclusion del pleyto; y que si mas fuesen presentados no se recibiesen, y que si de hecho se recibiesen, se tuviesen por ningunos; y que si alguna probanza se hiciese sobre ello, no hiciese fe ni prueba: que en los enunciados dos escritos solamente se pueda poner el hecho de que nace el derecho simplemente en encerradas razones: que con los dos escritos presentados por cada parte de las que litigan, sea habido el pleyto por concluso, aunque las partes no concluyan, así para sentencia interlocutoria ó recibir á prueba, como para difinitiva. *Ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 2.: la 9. *tit.* 6., y la 2. *tit.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.*

3. Quando son dos ó mas los litigantes que promueven la misma accion y derecho sin diferencia, ni en la causa de que nacen, ni en las excepciones y defensas que pueden tener, manda el Juez de oficio, ó á instancia

de

de alguna de las partes, que se conformen en un solo Procurador que á nombre de todos siga la instancia: porque se consideran legalmente por una sola parte, y debe llenar con solos dos escritos la disposicion de la ley en la brevedad y conclusion, sin dar lugar al fraude y oficiosas alegaciones, que necesariamente se repetirian sin novedad esencial en los hechos, si cada uno de los litigantes, que representan una misma accion y derecho, ó convienen en las defensas, pudiese hacer y presentar dos escritos.

4. Del último que presenta el demandado, y completa los quatro, se comunica traslado al actor, no para que replique, ni presente otro escrito, pues no lo permiten las leyes, y deberia repelerle el Juez de oficio; y solo sí para que se instruya de las exposiciones que hace el demandado, y concluya; y si no lo hiciere así, debe el Juez declarar y tener el pleyto por concluso en cumplimiento de las leyes citadas.

5. Don Luis de Paz en su *Pract. tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 7. *n.* 45. no admite el traslado del último de los dos escritos, que puede presentar el reo demandado, ni aun con la limitacion explicada de que sea solo para que el actor se instruya de las producciones ó alegaciones que contenga, y concluya en su vista; pues entiende que con la presentacion del enunciado último escrito queda el pleyto concluso, sin necesidad de otro acto de conclusion, ni declaracion judicial, por tener la de la ley, que manda al Juez recibir la causa á prueba.

6. Supone lo primero este Autor, que por derecho comun era mas libre el arbitrio ó el capricho de producir escritos ó alegaciones en las causas, de que resultaban perjudiciales dilaciones y gastos con daño de los litigantes y del Público. Supone lo segundo, que para contenerlos corrigió nuestro derecho pátrio este licencioso abuso, reduciendo los escritos de cada litigante á solos dos, y acerca de su progreso se explica en los términos siguientes: *Et deinceps nullus alius libellus, nec petitio erit admittenda, sed statim causa habetur pro conclusa ad pro-*

ba-

bationes recipiendas, sine aliquo actu conclusionis; etiamsi per partes non concludatur: ac ideo Judex statim proferet sententiam interlocutoriam, per quam partes ad probationem recipit.

7. El Autor *de la Curia Philípica en su primera parte del Juicio civil* §. 15. *y* 16. *n.* 10. conviene con la produccion de los dos escritos por cada parte de las que litigan, "con lo qual (dice) es habido el pleyto por concluso, »sin otro acto de conclusion, como lo dice una ley de la »Recopilacion. De suerte que con cada dos escritos de »las partes es habido el pleyto por concluso, así para la »interlocutoria, ó recibir á prueba, como para definitiva, »aunque las partes no concluyan, segun otras dos leyes »de la Recopilacion."

8. Combinados los términos en que este Autor se explica con los principios de Paz, se observa la diferencia, de que este último solo da efectos de conclusion á los dos escritos para recibir á prueba el pleyto, pero no para la sentencia difinitiva; y convienen en que con los dos escritos de cada parte se tiene el pleyto por concluso, sin necesidad de que alguna concluya.

9. Don Alonso Acevedo, que por su instituto de explicar las leyes de la Recopilacion, debia poner mas en claro las dificultades que producen sus disposiciones, las omite, ó las dexa en suma confusion. Así sucede en la presente reducida á sí con la presentacion de los dos escritos se ha de tener por concluso el pleyto, ó se ha de comunicar traslado del último para que el actor se instruya y concluya, como se nota en la *glos. concluso el pleyto* sobre la *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop. desde el n.* 32. *al* 38; y en la *ley* 1. *tit.* 6. *de dicho lib. glos.* 1. y en la 9. *de los mis. tit. y lib.*

10. Las leyes, en que fundan su opinion el Paz y el Autor de la Curia Philípica, dan justo motivo para inclinarse á su sentir; pero exâminadas con sólida reflexîon, sin perder de vista los fines que motiváron su establecimiento, persuaden y convencen la equidad y justicia con que

que se ha introducido y observa en todos los Tribunales Reales, especialmente en los Consejos, Chancillerías y Audiencias, la práctica de comunicar traslado del último de los dos escritos presentados por el reo, para que el actor se instruya y concluya; y solo en el caso de no hacerlo, declara el Juez por concluso el pleyto para los efectos que haya lugar; esto es, para prueba si la causa la necesita, ó para difinitiva quando no es necesaria.

11. La *ley 4. tit. 16. lib. 2. de la Recop.* pone á la vista en su ingreso los daños que padecia el Público, y las causas de que procedian, reducidas "á que los Abo»gados y Procuradores por malicia, y por alongar los »pleytos, y llevar mayores salarios de las partes, hacen »muchos escritos luengos, en que no dicen cosa de nue»vo, salvo replicar por menudo dos, ó tres, y quatro, y »aun seis veces, lo que han dicho, y está ya puesto en »el proceso."

12. Este abuso que consistia principalmente en los dos puntos de repetir muchos escritos, y de que estos fuesen largos, se corrigió en esta ley; cuyo único objeto fué remediar tales perjuicios, y así mandó lo primero, que cada una de las partes pusiera simplemente el hecho en encerradas razones, sin alegar leyes, decretos, decretales, partidas y fueros, con lo qual necesariamente habian de ser los escritos cortos, y quedaba remediado el daño de ser largos, que ántes padecian las partes y la causa pública.

13. Mandó asimismo esta ley hácia el fin, "que no »sean rescebidos mas de dos escritos hasta la conclusion; y »que si mas fueren presentados, que no sean rescebidos, »y si de hecho se recibieren, sean ningunos, y si alguna »probanza se hiciere sobre ello, que no haga fe, ni prue»ba." En esta segunda parte quedó remediado el abuso de que presentasen muchos escritos, replicando por menudo dos ó tres ó quatro y aún seis veces, como lo hacian ántes; pero no se extiende la ley á disponer ni mandar que con los dos escritos sea habido el pleyto por conclu-

so,

so; pues como entónces aun no se habia notado el abuso, ni podia experimentarse hasta que con la observancia de la presentacion de solos dos escritos se viese si las partes en uso del traslado, que se les comunicaba del último, dilataban maliciosamente la conclusion, no correspondia que la ley anticipase la providencia, de que con los dos escritos de cada parte quedase *ipso jure* concluso el pleyto.

14. La presentacion de estos dos escritos está limitada, y debe hacerse en tiempo ántes de la conclusion que se pone en la misma ley por término divisorio, y es una parte posterior á los mismos escritos y á su presentacion; pues dice que no sean recibidos mas de dos escritos *hasta la conclusion*; y segun el Diccionario de la lengua Castellana impreso en Madrid año de 1780. la voz *hasta* es proposicion que se usa para explicar el término á donde puede llegar una cosa; y así se dice, hasta las nubes.

15. Este término de la conclusion no determina la citada ley quien le ha de poner; y es consiguiente dexar esta facultad á los litigantes, como la tenian ántes de esta disposicion limitada á los dos puntos que se han referido.

16. La misma conclusion es parte del proceso, y toca tambien por esta razon á las que litigan, sin que el Juez pueda interponer sus oficios en suplir los de las partes, quando alguna de ellas no insta por el progreso y continuacion de la causa, porque está en su mano dexarla ó suspenderla en qualquiera estado, siempre que procedan de conformidad, y se presume estarlo, quando ninguna insta por su continuacion. Así se ve en repetidos procesos que están pendientes muchos años en un estado, el qual se hace saber de nuevo á las partes quando alguna insta por su progreso, sin que hasta tanto interponga el Juez sus oficios para que los interesados la continúen: porque seria en cierta manera avivar los pleytos contra la intencion de las partes, que pueden tener va-

rias causas para terminarlos en qualquier estado, ó tomarse tiempo con alguna suspension para atender á otros objetos mas importantes, continuándolos despues con mayor comodidad.

17. La enunciada conclusion, que quieren inducir los Autores citados del hecho solo de presentar cada parte dos escritos, puede tener dos efectos segun la naturaleza y calidad de la causa. Uno, para recibirla á prueba, quando consista en hechos que la necesiten: otro, para determinarla definitivamente, ya porque estén conformes las partes en los hechos, ó ya porque resulten notoriamente calificados, sin esperanza de poderse debilitar con las excepciones en contrario opuestas, quando estima el Juez que aun probadas de nada aprovecharian. *Ley* 31. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.*: *ley* 4. *tit.* 6. *lib.* 4.: *ley* 4. *tit.* 7. *lib.* 4. *de la Recop.*

18. Con este discernimiento procede la *ley* 9. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.*; pues suponiendo concluso el pleyto con los dos escritos de cada parte, aunque estas no concluyan, dice lo siguiente: *Así para sentencia interlocutoria, ó recibir á prueba, ó para difinitiva*: y en esto manifiesta que hay causas, que pueden y deben determinarse sin ser recibidas á prueba.

19. De estos antecedentes resulta lo primero, que el Paz y los demas Autores, que limitan los efectos de la enunciada conclusion á que el Juez pueda recibir la causa á prueba, proceden contra las mismas disposiciones de las leyes que tratan de este artículo: lo segundo, que procediéndose con sola esta conclusion, en que no intervienen las partes, á la sentencia difinitiva, no se guarda aquella igualdad, que es tan propia y conveniente en los juicios: porque el reo ha visto los dos escritos presentados por el actor, y este no ha reconocido el último que presenta el reo; y con esta confianza podrá reservar exponer en él lo mas substancial de su defensa, sin que el actor pueda preparar oportunamente su satisfaccion.

Las

20. Las leyes permiten que las partes, quando el pleyto se halla en estado de sentenciarse difinitivamente, informen al Juez de su derecho por palabra, ó por escrito, alegando leyes, y decretos y decretales, partidas y fueros. *Ley 4. tit. 16. lib. 2. de la Recop.* Y no habiendo visto el actor el último escrito presentado por el reo, no podrá formar sus alegaciones, ni fundar su justicia con la instruccion, y conocimiento debido.

21. Supuesta la conclusion en la causa, provee el Juez un auto del tenor siguiente: *Por conclusa, y autos citadas las partes.* En su conseqüencia, si quieren informarle de su derecho deben ser oidas, y han de ser reconocidos los autos por el mismo Juez, como lo disponen las leyes en los inferiores. *Ley 17. tit. 17. lib. 2. de la Recop. ibi*: "Mandamos que los dichos Jueces no tengan »Relatores, sino que vean por sí los procesos." *Ley 6. tit. 9. lib. 4. de la Recop. ibi*: "Mandamos que los Jueces, »para sentenciar los pleytos, vean los procesos por sus »personas, y no por relacion de los Escrivanos; y que »quando ellos lo ovieren de hacer, sea en presencia de »las partes." Despues de esto proceden á dar su sentencia, ya sea recibiendo los autos á prueba, ó determinandolos difinitivamente, segun la distincion que queda advertida; y se hallan en el caso de que la conclusion, que quieren inducir de la presentacion de los dos escritos por cada parte, sea individua, tanto para el efecto de prueba, como para la difinitiva.

22. La *ley 2. tit. 5. lib. 4. de la Recop.* trata del mismo artículo de la conclusion con los dos escritos de cada parte, y al parecer estrecha mas la decision de que se tenga por concluso el pleyto sin otro auto de conclusion: "Y dende en adelante no resciban otras peticiones; »y con esto sea avido el pleyto por concluso, sin otro »auto de conclusion." Al mismo intento, y con mayor claridad se explica la *ley 9. tit. 6. lib. 4. de la Recop.*; pues dice lo siguiente: "Mandamos que por evitar dila»cion en los pleytos, que con cada dos escritos, que las

"partes presentaren, sea avido el pleyto por concluso, "aunque las partes no concluyan, así para sentencia inter-"locutoria, ó rescebir á prueba, ó para difinitiva."

23. En estas leyes no se halla contrariedad alguna entre las dos proposiciones, que dexo sentadas como regla fundamental de este artículo. La primera, que del último de los dos escritos, que presenta el reo, se da traslado al actor: la segunda, que el fin de este traslado es limitado á que se instruya de lo expuesto en el citado escrito, y concluya en su vista, ya sea para prueba, ó ya para difinitiva, segun la naturaleza y calidad de la causa en los términos insinuados; pues ni prohiben literalmente dicho traslado, ni que la parte del actor concluya.

24. Lo único que disponen es, que no sea necesaria la conclusion de las partes, y que sin ella se tenga el pleyto por concluso; pero esto debe entenderse quando las partes no concluyen dentro del término ordinario de los seis dias, pues se las comunica traslado para dicho fin: porque no debe estar en arbitrio de los litigantes dilatar el curso de la causa, especialmente quando alguno de ellos lo solicita.

25. Con esta inteligencia se uniforman las dos enunciadas leyes con la 4. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.*, que es la primitiva y capital que trató de abreviar los pleytos, cortando maliciosas dilaciones, por el medio de reducir los escritos de cada litigante á dos, poniéndolos en la necesidad, si quieren continuarlos, de concluir en el perentorio término de los seis dias desde el último traslado; y por su defecto y morosidad, que se tengan por conclusos para las sentencias interlocutorias ó difinitivas que correspondan. Esto es lo que observan los Tribunales de la Corte, y no he visto declarar ó tener por concluso el pleyto sin que alguna de las partes concluya, ó incurra en contumacia.

26. No se lograria la deseada utilidad con la observancia de los términos señalados para concluir brevemen-

te

te las causas, sino los tuviesen igualmente prescriptos en todo el progreso anterior á la conclusion. El de seis dias se concede á cada parte para responder en uso del traslado al escrito de la contraria, *ley 2. tit. 5. lib. 4. de la Recop.*; y aunque toman dentro de este término los autos, rara vez los vuelven con su respuesta, sino que la dilatan hasta que la parte, á quien interesa la brevedad, solicita se apremie á la contraria; y así se manda inmediatamente en execucion de la ley, porque es perentorio el término de los seis dias, y pasados deben cumplir con ella volviendo los autos con la respuesta que diere; y si no la han podido extender y presentar, solicitan nuevo término para hacerlo, motivando alguna justa causa que se lo haya impedido, ya sea por no haber hallado Abogado que los defienda, ya por sus graves ocupaciones que es la comun, ó por otras, en cuya consideracion concede el Juez nuevo término para que cumpla con la presentacion del escrito. *Ley 28. tit. 16. lib. 2. de la Recop.* Aunque los Jueces presuman alguna malicia en las partes y en sus Procuradores, acceden siempre á estas pretensiones, por no dar lugar á que apelen de la denegacion del término pedido, y causen mayores dilaciones; pues no pudiendo precaverse todos los fraudes y malicias, es preciso tolerar el menor, que consiste en conceder un nuevo término competente y ajustado á la entidad y calidad de la causa; atendiendo igualmente á que en la denegacion del nuevo término, que se pide, se interesa la defensa natural, y en qualquiera duda se debe atender á ella, aunque sea á costa de sufrir alguna pequeña dilacion en el progreso de la causa.

27. El término de seis dias, señalados por la ley para responder á los escritos de la parte contraria, interpela por momentos al que debe hacerlo, y se dirige á remover la morosidad y malicia de dilatar el curso de la causa; y parece que no se logran estos fines, si el Juez ha de conceder nuevos términos, las mas veces mayores que el primitivo de los seis dias, sin exâmen ni conocimien-

miento de la causa que motiva el Procurador; viniendo á quedar en su arbitrio proponerla con necesidad ó con malicia.

28. Por otra parte si hubiera de justificarse la causa que se motiva para escusar la morosidad ó malicia en no haber respondido en el término de la ley, se añadirian gastos á las partes; y ocupándose el tiempo necesario en esta diligencia con suspension de la causa principal, resultaria que concediéndose el nuevo término, justificada la causa ó impedimento alegado, se acumulaban dos dilaciones; y aun quando se negase la segunda, porque fuese aparente ó falsa la causa indicada, no podia escusarse la primera del tiempo necesario para la prueba, su conocimiento y decision; y no siendo esta favorable á la parte que solicitaba el nuevo término, se daria por agraviada, y recurriria en apelacion ó queja al Tribunal superior.

29. Estas prudentes consideraciones inclinan á exponerse al menor daño por huir del mayor, y obligan á estar por la fe del Procurador, que nunca se presenta tan desnuda, que no se acompañe en el concepto del Juez de la causa de aquellas conjeturas de verosimilitud que ofrece la magnitud del proceso, la entidad y gravedad de lo que se litiga, y otras circunstancias, para decidir á favor de un término competente en materia de tan poco momento.

30. Sin embargo de esto, confiando el Consejo con mas justa razon de la integridad de los Letrados, y persuadido de que no solicitarian dilaciones ó nuevos términos para el despacho de los negocios, de que están encargados, sin la debida seguridad en las causas que se motivan, ya sean por sus muchas ocupaciones en otras mas antiguas ó de preferencia, ó por faltarles la competente instruccion de hechos, que deben remitir los interesados, quienes lo executan á veces á solicitud de los Abogados, quando conocen la necesidad de producirlos y justificarlos á su tiempo; ha mandado por regla general, que

que no se admitan pedimentos de término para el despacho de los pleytos, sin que los firme el Abogado, en cuyo estudio se hallen, conciliando por este medio el adherir con la competente justificacion á la natural defensa de las partes, y el precaver el abuso de dilatarlos.

31. La enunciada providencia del Consejo no se halló en las Escribanías de gobierno, ni en las de justicia, ni en el archivo; pues la hice buscar en estas oficinas con el fin de señalar el tiempo de su expedicion, y las causas que la motiváron; pero todos los que sirven estos oficios contestáron su certeza y observancia, y yo lo veo practicar así constantemente.

32. Algunas veces no quiere alguna de las partes tomar los autos para usar del traslado en el término de los seis dias señalados para responder al escrito contrario, y entónces pasado el término cae en rebeldía, y acusada por el litigante que interesa en la brevedad, se estima y declara la causa por conclusa para los efectos que correspondan á su estado, como si efectivamente hubiera respondido y concluido.

33. Así lo disponen y repiten las Leyes Reales con el importante fin ya indicado de que se abrevien los pleytos. La *ley* 51. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.* se explica en los términos siguientes: "Ordenamos, y mandamos que en »los nuestros Consejos, y Audiencias, para concluir los »pleytos en qualquier estado, no se espere la tercera re»beldía; sino que todo lo que en los procesos se hacia, »y concluía fasta aquí con tres rebeldías, ansi para sen»tencia difinitiva, como para autos interlocutorios, se »concluya con sola una rebeldía."

34. El *auto* 2. *tit.* 24. *lib.* 2. dice que "para concluir »en el Consejo los negocios en qualquier estado, no se »espere la tercera rebeldía, sino que todo lo que en los »procesos se hacia, y concluía con tres rebeldías, se ha»ga con una sola, pasado el dia, ó término, que se die»re para responder." Al mismo intento, y casi con entera uniformidad dirigen sus disposiciones la *ley* 47. *tit.* 4. *lib.*

lib. 3.: la 2. *tit.* 3.; y la 10. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.*

35. Este remedio de acusar las rebeldías ha sido admitido en todos tiempos y en qualquiera estado del proceso para estimular la actividad de los litigantes, y corregir su morosidad y malicia. Convienen tambien las leyes antiguas y modernas en que no pueda, ni deba acusarse la rebeldía hasta pasado el término señalado para los actos que deben hacer los litigantes en el proceso, empezando desde los emplazamientos hasta la conclusion de la causa para la difinitiva.

36. Á primera vista se presenta un reparo en la contraposicion de estos principios; pues en uno se establece que el dia y término que señalan las leyes, ó las partes por convencion, interpela por el hombre, y constituye en mora al que no cumple dentro de él lo que debe, calificándole de inobediente y rebelde; y disponiéndose por otro principio fundamental de las citadas leyes la necesidad de acusar la rebeldía, pasado el término que ellas señalan, parece ociosa esta diligencia.

37. Los mas de los Autores, siguiendo el derecho de los Romanos, reconocen y confiesan el principio de que el dia puesto para pagar ó entregar la cosa que se ha prometido, y á que alguno se obligó, insta por su efectivo cumplimiento, y constituye en morosidad al deudor luego que pasa el dia señalado, como si el mismo acreedor hubiese hecho su instancia ó interpelacion personal, siendo estos dos puntos equivalentes para el efecto de inducir mora en el deudor, y por ella su responsabilidad á los intereses y al daño que padece el acreedor ó señor de la cosa, por la falta de cumplimiento en el obligado. Castillo *Controvers. lib.* 9. *cap.* 1. *n.* 62. *Deinde et secundo ex sententia communi Doctorum moram commiti non solum per interpellationem expressam hominis, sed etiam per tacitam interpellationem extrajudicialem, quæ fit per diei appositionem: quoniam tunc dicimus diem pro homine interpellare.* Menochius *de Arbit. lib.* 2. *cent.* 3. *cas.* 220. *n.* 16. *Expressa itaque extrajudicialis interpellatio debitorem in mora*

ra constituit. Hoc idem operatur illa tacita interpellatio extrajudicialis, quæ fit per diei appositionem: quoniam tunc dicimus diem pro homine interpellare.

38. La *ley* 18. *tit.* 11. *Part.* 5. decide literalmente este punto; pues distribuyendo su disposicion en tres casos, resuelve en el primero, que "prometiendo un ome »á otro, de dar, ó de facer á dia cierto, si la cosa se »muriese en ante del dia, de su muerte natural, sin cul»pa del que face la promision, non es tenudo de la pe»char, nin de dar ninguna cosa por razon della, mas si »muriese despues del dia que deviera ser dada, (*que es »el segundo caso de la ley*) entónce seria tenudo, del pe»char la estimacion de la cosa. É si quando la cosa se»ñalada prometiese alguno á dar, non dixese ciertamen»te, en qual dia gela daria, si despues deso gela pidiese »el otro á quien fué prometida, pidiéndogela, é non »gela quisiese dar, pudiéndolo facer, decimos, que si mu»riere la cosa despues, de su muerte natural, que es te»nudo de la pechar. Pero si se muriese en ante que el »otro gela demandase, entónce no seria tenudo el que »la prometió, de darle ninguna cosa por ella;" y este es el tercer caso.

39. En la enunciada ley se hallan comparados con igual fuerza y efecto el dia cierto y la interpelacion personal.

40. Al mismo intento, y en calidad de regla general, conduce la *ley* 8. *tit.* 14. *Part.* 5., pues se explica en los términos siguientes: "Plazos, é dias ciertos ponen los »omes entre sí, á que prometen de dar, ó de facer al»gunas cosas, unos á otros. É por ende decimos, que ca»da uno es tenudo de dar, ó de facer, lo que prometió, »al plazo quel fué puesto para ello. É non se puede es»cusar que lo non faga, maguer el otro non gelo de»mande."

41. Aunque me propuse por fin principal de estos Apuntamientos aplicar oportunamente las leyes del Reyno al estado de las causas, considerando este medio por

 el

el mas sencillo y ménos molesto de estudiarlas y retenerlas sin aquella fatiga y constancia, que es necesaria para emprender y repetir la lectura general de ellas; y aunque llevo siempre á la vista no cargar la memoria, ni gastar el tiempo en referir leyes de los Romanos, ni excitar sobre ellas largas discusiones, usaré alguna vez de su autoridad, si concibo que su razon es poderosa para comprobar y demostrar con mayor claridad lo dispuesto en las leyes del Reyno, ó añadir lo que falte en ellas.

42. Por estos respectos me ha parecido hacer aquí memoria de la *ley 4. ff. de Leg. Commis.* En su principio pone la fórmula *Si fundus lege Commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exolutum, inemptus fieret*: y al §. 4. continúa en estos términos: *Marcellus lib. XX. dubitat, Commissoria utrum tunc locum habeat, si interpellatus non solvat, an vero si non obtulerit? Et magis arbitror offerre eum debere, si vult se legis Commissoriæ potestate solvere.* No puede darse una disposicion tan terminante para probar que el dia cierto, aunque se ponga para resolver, ó rescindir un contrato, escusa la interpelacion, y obra todos sus efectos, como si se hubiera hecho por la parte interesada.

43. Si se comparan estas leyes con las de la Recopilacion que sirven de fundamento á la proposicion y regla establecida en este capítulo, se hallará que es superior la autoridad de las leyes de la Recopilacion, pues obligan á juzgar por ellas en primer lugar, *Pragmática de 14. de Marzo de 1567. ley 3. tit. 1. lib. 2. de la Recop.*; y si se atiende á su razon, es mas equitativa y llena de humanidad, pues no estrecha, ni aflige al que ha de responder en el término señalado, á que caiga en rebeldía desde el punto en que se acaba el término, y exîge que la parte que interesa en la brevedad use de los remedios que la conceden las mismas leyes de instar y acusar la rebeldía; y si fuese negligente y los despreciase no debe gozar de ellos. Ademas hay un quasi contrato en todos los juicios, y tiene en ellos grande influ-

xo

xo la voluntad de los litigantes; y estando de acuerdo en que se acaben por su convencion, ó en que duerman por su tolerancia, pareceria oficioso en el Juez darle curso con su providencia.

44. Supuesta la necesidad de acusar la rebeldía, y la regla de que debe hacerse pasado el término señalado, entra otra igualmente autorizada por las mismas leyes que se han citado, y es que con sola una rebeldía se concluya, así para prueba, ó autos interlocutorios, como para difinitiva; y esta es la única novedad que introduxéron las citadas leyes Recopiladas á beneficio de la causa pública y de las partes que litigan.

45. El fundamento de la diferencia que hay entre acusar una sola rebeldía, y ser ántes necesarias tres, consiste en la calidad de los términos que se conceden, así para contestar, como para responder á los escritos; pues concibiéndose ántes con la division de tres términos con sus respectivos intervalos, era conseqüencia necesaria, que pasado cada uno de estos términos, se acusase la rebeldía, llegando á ser tres para constituir á la parte en contumacia, y que supliese el Juez con su providencia la conclusion y curso de la causa.

46. Pero habiendo establecido por regla preliminar las enunciadas leyes, que el término que se conceda sea uno solo perentorio, como se observa y repite literalmente en sus disposiciones, fué efecto necesario que con sola una rebeldía pasado todo el término, que es solo quando puede acusarse, se haga lo mismo que se hacia ántes con las tres.

47. La *ley* 51. *tit.* 4. *lib.* 2. y el *auto acordado* 2. *titul.* 24. *del mis. lib.* dan ocasion para dudar si la novedad de concluir con sola una rebeldía es privativa de los negocios, que penden en el Consejo y en las Audiencias, ó comun á los demas Tribunales del Reyno: porque su literal disposicion es reducida á los Consejos y Audiencias, y si hubieran querido extenderla por regla general á otros Tribunales, alterando el estilo y práctica que has-

ta entónces se observaba en ellos, parece lo hubieran explicado así, como lo hacen otras leyes, señaladamente la 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.*; pues señalando en ella el término de cinco dias para apelar desde el en que fuere dada la sentencia, ó recibió el agravio, y viniere á su noticia, y que si así no lo hiciere, quede la sentencia ó mandamiento firme, manda: "Que esto se guarde de aquí »adelante, ansi en la nuestra Casa, y Corte, y Chanci»llería, como en todas las Ciudades, y Villas, y Luga»res, y Provincias de nuestros Reynos."

48. Sin embargo de que la letra de la enunciada *ley* 51. *y del auto acordado citado* sea limitada á los Consejos y Audiencias, su razon y espíritu es general á beneficio de la causa pública, y debe comprehender á todos los Tribunales del Reyno; ademas de que hay otras diferentes leyes que no tienen la restriccion indicada, ántes bien disponen en términos indefinidos, que con sola una rebeldía se concluya, y tenga el mismo efecto que hacian las tres anteriormente. *Ley* 2. *tit.* 3. *lib.* 4.: *ley* 10. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.*

49. Las *ley.* 13, *y* 14. *tit.* 7. *lib.* 7. hacen un argumento poderoso á favor de la resolucion antecedente, pues la primera se dirige á prohibir las dehesas en los heredamientos y cortijos del Reyno de Granada, mandando á los dueños de ellos, que no defiendan la yerba y otros frutos que naturalmente lleva la tierra, sino que quede libremente para que todos los vecinos de las dichas Ciudades, Villas, Lugares y sus términos, los puedan comer con sus ganados, bestias y bueyes de labor, no estando plantado ó empanado; y contiene ademas esta ley otra restriccion respecto á los cortijos, heredamientos y tierras que se poseían y gozaban por merced de los Señores Reyes Católicos, y las que en adelante hicieren; y sin embargo de que esta Real resolucion no se concibe en términos de ley general, ni habla de otros heredamientos, ni Pueblos que de los del Reyno de Granada, y aun en estos se reduce á los que hubiesen salido, ó salie-

liesen por merced de los mismos Reyes Católicos; se ha entendido y observado con influxo y efecto de ley general para todos los Pueblos del Reyno.

50. Por la citada *ley* 14. se revocó y anuló la Ordenanza que habia hecho la Ciudad de Avila, dando facultad á los dueños de acotar los heredamientos que se hubiesen reunido en uno solo baxo las calidades que indica la misma Ordenanza; y en su conseqüencia se prohibió usar de ella, concediendo licencia y facultad á los vecinos de la dicha Ciudad, su tierra y demas Pueblos para que pudiesen pacer y rozar en los dichos términos, que así por virtud de la dicha Ordenanza estaban dehesados, como lo hacian quando los heredamientos eran de diversos dueños, y ántes que la dicha Ordenanza fuese hecha.

51. Esta resolucion, que fué igualmente limitada á los heredamientos de la Ciudad de Avila y su tierra, y á favor de la vecindad de ella, ha sido tambien entendida y guardada como ley en lo general del Reyno, no solo por un efecto de extension, sino por virtud de la comprehension en que están los casos semejantes baxo las resoluciones Reales, aunque determinadamente no hayan hablado de ellos.

52. Esto procede seguramente por dos razones. La primera, quando es general la de la ley, aunque se establezca con motivo de casos particulares, ó con respecto á señalados Pueblos y territorios. La segunda consiste en la excelencia de la dignidad del Príncipe, y en la justificacion con que salen sus decretos y decisiones, aunque las haya dado en negocios particulares; llegando á tanto, que la sentencia ó determinacion de una causa hace ley para otras de iguales circunstancias, limitándose por estos altos respetos la regla: de que no se debe juzgar por exemplares, ni fazañas. *Ley* 14. *tit.* 22. *Part.* 3. "Otrosí »decimos, que non deve valer ningun juicio que fue»se dado por fazañas de otro; fueras ende, si tomasen »aquella fazaña, de juicio que el Rey oviese dado. Ca »estónce bien puede judgar por ella: porque la del Rey
»ha

»ha fuerza, é deve valer como ley, en aquel pleyto so»bre que es dado, é en los otros que fueren semejantes." Vinnius §. 6. *Institut. de jur. natural. vers. Quodcunque ergo Imperator.* Oter. *de Jur. pascend. cap.* 16. *n.* 7. *y* 8. Covarrub. *Practicar. cap.* 37. *n.* 3. *vers. Quidquid sit.* Lagun. *de Fructib. part.* 1. *cap.* 7. *n.* 77. *al* 84. Acev. en la *rubr. tit.* 4. *lib.* 3. y en la *ley* 14. *tit.* 7. *lib.* 7. *de la Recop. n.* 6.

53. Por todo se demuestra, que aunque la enunciada *ley* 51. *tit.* 4. *lib.* 2. y el *auto* 2. *tit.* 24. *del mismo libro* hablan de concluirse los pleytos en los Consejos y Audiencias con sola una rebeldía en lugar de las tres con que se hacia ántes, son generales estas leyes en su efecto á todos los Tribunales del Reyno.

54. Aunque la primera conclusion en la causa la ponga algunas veces en estado de poder dar sentencia difinitiva, lo qual sucederia si estuviese probada la verdad por confesion de la parte, ó la duda consistiese solamente en la decision de las leyes, es muy raro este caso, y muy comun la necesidad de recibirla á prueba, que es el auto interlocutorio que pone la ley en primer lugar como efecto mas comun de la conclusion, del qual trataré guardando el mismo órden en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO VIII.

De la prueba en primera instancia.

1. Siguese á la conclusion el auto de prueba, cuya execucion debe limitarse á los hechos del proceso conducentes á descubrir la verdad, porque son la materia capaz de probarse y el depósito del derecho, en donde le debe buscar el Juez para su acierto. *Ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* "Do tan solamente se puede poner simple»mente el hecho, de que nasce el derecho : : : : : : mas »cada una simplemente ponga el hecho en encerradas ra»zones." *Ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* "Seyendo ha»llada, y probada la verdad del fecho por el proceso."

Dí-

Dícese tambien que han de ser conducentes, porque lo que no sirve para descubrir la verdad de lo que se demanda, y asegurar su justa decision, es ilusorio, y no lo permite la seriedad y circunspeccion de los juicios. *Ley 7. tit. 14. Part. 3.* "Otrosí decimos, que aquella prue-»va deve ser tan solamente rescebida en juicio, que per-»tenesce al pleyto principal sobre que es fecha la deman-»da. Ca non deve consentir el Judgador, que las par-»tes despiendan su tiempo en vano, en provando cosas »de que non se puedan despues aprovechar, maguer las »provasen." *Ley 4. tit. 6. lib. 4. de la Recop.* Esta última proposicion aunque clara en la ley, tiene grandes dificultades en la práctica, porque en la duda de sí conduce ó no al pleyto principal, no puede el Juez repeler el artículo ó pregunta, y solo podrá hacerlo, presentándose con notoriedad la inconducencia de la prueba, ya sea para aprovechar á la parte que la solicita, ó para dañar á la contraria; y como para calificar el caso de notorio, es necesario un prolixo y exâcto exâmen de la causa y hechos del proceso, y una declaracion que lo califique, no es fácil tomarlo en el estado de prueba, ni seria conveniente á la brevedad que se desea, ni al interes de las partes; pues consumirian mas tiempo y caudal en este incidente, y tomarian ocasion para apelar si se despreciase el artículo que intentaban probar, considerando ofendida su natural defensa. Por estas juiciosas consideraciones rara vez usan los Jueces de la facultad ó arbitrio de excluir las preguntas que se proponen, reservando su exâmen y juicio para el tiempo de la sentencia difinitiva, con la cláusula general y saludable de admitirlas *en quanto sean pertinentes.*

2. Si los hechos estuviesen probados ántes de la conclusion, ya sea por avenencia de las partes, ó por confesion de alguna de ellas, de manera que la verdad se halle constantemente descubierta, que es la que se busca y desea en los juicios, desentendiéndose de solemnidades y sutilezas, no tendrá lugar prueba alguna, ni debe reci-

cibirse á ella, porque toda seria ilusoria resistiéndola las mismas leyes. *Ley 31. tit. 16. lib. 2. de la Recop.* "Mandamos que sobre las posiciones confesadas por qualquiera »de las partes en el nuestro Consejo, ó Audiencias, los »Letrados no hagan preguntas." *Ley 1. tit. 7. lib. 4.* "Y »si de la respuesta de las posiciones hallare el Juez que »puede dar sentencia difinitiva, concluso el pleyto, la dé, »la que por fuero, ó derecho deva; sino, resciba las par»tes á prueba de lo por ellas dicho, é alegado." *Ley 4. del mismo tit. y lib.: ley 10. tit. 17. lib. citado.*

3. De estos antecedentes resulta un principio constante, y es que la prueba, quando la permiten las leyes, siempre es de esencia y substancia del juicio, porque toca á la defensa natural de las partes, y su omision ó denegacion dá justa causa para apelar; pero si las partes no apelan, la sentencia que diese el Juez, aunque fuese injusta, no es nula, porque la prueba no toca al órden del juicio, sino al de la justicia, que pueden consentir los que litigan, y lo hacen por el hecho de no reclamar la sentencia. Scacia *de Judiciis quæst. 20. glos. 14. n. 1. cum aliis.*

4. Conciliando las leyes el uso propio de la natural defensa, y el que no abusen las partes de este saludable remedio, convirtiéndole con malicia en dilaciones perniciosas contra la brevedad que se desea, y es el objeto de toda la legislacion, señaláron término competente para que puedan hacer sus respectivas probanzas; es á saber el de 80. dias, si la prueba se hubiese de hacer de puertos acá, y el de 120. siendo de puertos allá. *Ley 1. tit. 6. lib. 4. de la Recop.*

5. Por esta ley se mejoró la anterior legislacion de las Partidas, señaladamente la disposicion de la *ley 33. tit. 16. Part. 3.*, en que se manda: Que quando los testigos, que se han de exâminar, están en la Villa donde es el pleyto, se concedan tres plazos sucesivos, cada uno de tercero dia; y como no es de esperar que las partes concluyan su probanza en el plazo primero, pues basta

ta que alguna de ellas quiera apurar las tres, hace necesarias tres providencias judiciales con mayor daño y gasto de las partes.

6. Quando los testigos no se hallen en la misma Villa donde se trata el pleyto, aunque estén en su término ó cerca de él, los plazos son los mismos tres y por el propio órden, con la diferencia de ser cada uno de 9. dias, padeciéndose en esto igual dilacion y perjuicio que en los tres plazos anteriores.

7. Si alguna de las partes que litigan señalare para su prueba testigos que se hallen á distancia considerable, y jurare al mismo tiempo que no lo hace por alargar el pleyto, sino con la esperanza de que comprobarán los hechos que propone, se le conceden los mismos tres plazos por igual órden sucesivo, siendo cada uno de 30. dias; y es fácil caer en este abuso por el arbitrio que tienen las partes de proponer y señalar alguno de los testigos á larga distancia, ofreciéndose acerca de ella contiendas, pues no se determina en la ley.

8. Todos estos perjuicios en la dilacion y mayores gastos de los interesados se enmendáron en la citada *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4., pues su término ó plazo ordinario es uno solo, continuo y perentorio, y escusa las providencias intermedias que se indicáron en los tres plazos referidos.

9. La experiencia de largo tiempo hizo sin duda conocer los muchos inconvenientes que resultaban de la observancia de la ley de Partida, y la necesidad de la disposicion de la ley recopilada, ya sea porque los tres plazos cada uno de tres ó nueve dias no eran suficientes, ó no los consideraban tales las partes, y recurrian las mas veces al de 30., ó ya porque eran inescusables mayores gastos y dilaciones en la repeticion de providencias.

10. El término y plazo único de 80. dias, que concede la ley con el mismo efecto que tenian ántes los tres sucesivos, se reserva á la prudencia y arbitrio del Juez que le coarte al que considere suficiente para que hagan

las partes su prueba, atendida la calidad de la causa y de las personas, y el número y distancia de los Lugares donde se haya de hacer. Algunas veces usan los Jueçes de este medio deseando abreviar las causas, y las reciben á prueba con término de 30. dias, pero rara vez logran el fin: porque la que se interesa en la dilacion pide que se prorogue, y el Juez se halla en la necesidad de hacerlo, y viene á llegar á los 80. dias, cargando á las partes con los gastos de las prorogaciones que solicitan, y de sus respectivas notificaciones; y si quieren mantener la providencia de limitar y abreviar el término, dan ocasion á las partes para que la reclamen, pidiendo su reposicion y apelando de lo contrario, y el Juez está en la precision de admitir esta apelacion; pues aunque el auto de prueba y restriccion de términos para ella sea interlocutorio, trae gravamen irreparable, y el mayor que se puede irrogar á las partes, porque en las probanzas está toda la virtud de la causa y del vencimiento ó pérdida; y por lo mismo no defiriendo el Juez á estas apelaciones, introducen el recurso de la fuerza de no otorgar, y declarándola como efectivamente la declaran los Tribunales superiores, viene á reponerse todo lo obrado desde el dia en que pudo interponerse la apelacion. Salgado *de Regia protect. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 137. *al* 139.

11. Para evitar estos graves inconvenientes, tan contrarios á la brevedad que solicitan los Jueces con la restriccion de los plazos para probar, observan ya los Tribunales en la sentencia, ó auto de prueba, recibir la causa á ella por los 80. dias de la ley comunes á las partes; y la conciben y extienden en la forma siguiente: "Recibese este pleyto á prueba por los 80. dias de la ley »comunes á las partes, hagaseles saber &c."

12. Notificada á las partes, forman sus interrogatorios, y los presentan al Juez con pedimento; y uno y otro se extiende con arreglo al estilo y práctica de los Tribunales en los términos siguientes:

13. *Interrogatorio.* "Los testigos que se presentaren »por

›por parte de N. vecino de T. en los autos que sigue ›con N. sobre paga de 100. reales vellon, serán exâminados al tenor de las preguntas siguientes.

Primeramente: "Por el conocimiento de las partes, »noticias de este pleyto, y demas generales de la ley &c.

2.ª »Si saben, ó han oido decir, que dicho N. condescendiendo á las instancias del nominado N. le entregó y prestó 100. reales vellon en el mes de Enero del »año pasado de 1781., baxo la obligacion y pacto que »constituyó dicho N. de volverlos en dos plazos iguales, á razon de 50. reales en cada uno, que el primero cumplió en fin de Junio, y el segundo en fin de Diciembre del propio año.

3.ª »Si saben, y han oido decir, que aunque dicho N. »ha solicitado con atentos y urbanos oficios, que el expresado N., estando ya cumplidos los referidos plazos, le »pagase los enunciados 100. reales, no lo ha podido »conseguir.

4.ª »Item de público y notorio, pública voz y fama, y comun opinion &c."

14. Este interrogatorio se presenta al Juez con pedimento del tenor siguiente.

Pedimento. "N. en nombre de N. vecino de T. en los »autos con N. sobre paga de 100. reales digo: Que por »auto de 6. de Febrero del presente año de 83. se sirvió V. recibirlos á prueba por el término de los 80. dias »de la ley; y para la que mi parte pretende hacer presento interrogatorio: Por tanto:

»Suplico á V. se sirva haberlo por presentado, y mandar que á su tenor, y con citacion contraria se exâminen los testigos que por dicha mi parte se presentaren, »por ser justicia que pido, juro lo necesario &c.

»Otrosí: digo, que N. y N. vecinos de T. se halláron presentes al tiempo de la contrata y entrega que »hizo mi parte de los 100. reales al nominado N.; y »presentándolos como testigos: Suplico á V. se sirva librar el despacho correspondiente cometido al Corregi-

»dor de la expresada Ciudad, para que les reciba sus »declaraciones, precedida citacion contraria, y con las »demas formalidades de derecho: pido justicia *ut supra.*"

15. Este pedimento igualmente que el interrogatorio deben ser firmados por el Abogado y Procurador, porque contienen lo mas esencial y entitativo de la causa, que consiste, como se ha dicho al núm. 3. en la prueba que debe pedirse y ordenarse con arreglo á los hechos importantes de los autos, sin incluir lo que está confesado, ó sea inconducente, cuyo discernimiento toca á los Letrados, á quienes lo confian las leyes. *Ley 3. titul. 16. lib. 2.* "Procurando que se hagan las probanzas, »que convengan, ciertas y verdaderas. : : : : Ni pidan tér»minos para probar lo que saben, ó creen que no ha de »aprovechar, ó que no se puede probar." *Ley 24. tit. 16. lib. 2.* "Mandamos que los dichos Letrados en el firmar, »y facer los interrogatorios, y artículos de ellos en pri»mera, y segunda instancia, guarden la ley por Nos fe»cha en las Cortes de Madrigal : : : : los firmen de sus »nombres, y no baste señalar." *Ley 20. tit. 22. del mismo lib.* El Receptor "no puede hacer probanza alguna si »no fuere por interrogatorio firmado de Abogado de la »Audiencia, y señalado del Escrivano" permitiendo solamente á los Procuradores las peticiones pequeñas. *Ley 8. tit. 24. lib. 2.* "Que ningun Procurador sea osado de ha»cer, ni haga por sí escrito alguno en los juzgados de »nuestras Chancillerías, salvo solamente las peticiones pe»queñas para acusar rebeldías."

16. La primera pregunta del interrogatorio contiene los artículos generales, unos específicos y otros virtuales ó tácitos. Los primeros reducidos al conocimiento de las partes y noticia del pleyto; y los segundos comprehendidos en la cláusula, *y demas generales de la ley.*

17. Llámanse artículos *generales*, porque se deben proponer necesariamente como preliminares de todos los interrogatorios, sin que puedan las partes omitirlos; y toman igualmente la denominacion *de la ley*, porque están

se-

señalados en ella, y los manda incluir en los enunciados interrogatorios, y en las receptorias que se expiden para exâminar los testigos. *Ley* 8. *tit.* 6. *lib.* 4. "Y que en »todas las cartas de receptoria, así en las que se dieren »con parte, como en rebeldía, se diga que el Juez, ó »Receptor, ó el Escrivano pregunte á cada testigo que »edad tiene, ó si es pariente en grado de consanguini»dad, ó afinidad de la parte, ó en que grado, ó si es »enemigo, ó amigo de alguna de las partes, ó si desea »que alguna de las partes venciese el pleyto mas que la »otra, aunque no tuviese justicia, ó fué sobornado, ó »corrupto, ó atemorizado por alguna de las partes."

18. En lo literal de la enunciada ley no se contienen los dos artículos del conocimiento de las partes y noticia del pleyto; pero los ha considerado conducentes la práctica y estilo de los Tribunales, para que el Juez pueda discernir la fuerza de sus declaraciones sobre el supuesto de estar seguros los testigos de la identidad de las partes y del pleyto que tratan: y siendo esta práctica observada generalmente, se llaman con razon preguntas generales, y convienen en este punto con las demas que incluye la pregunta primera, aunque estas se diferencian en la denominacion *de generales de la ley*, por estar escritas en ella.

19. Las otras preguntas del cuerpo del interrogatorio se llaman útiles, porque tocan á los hechos principales producidos en la demanda, como fundamento de la intencion de la parte. Estos hechos han de ser probados por el actor en lo que no lo estuviesen por confesion del reo demandado. Lo mismo debe hacer y probar el reo en lo que conduzca á su intencion; y he aquí la regla que puede darse para formar los interrogatorios, sin distraerse á preguntas de lo que no puede probarse, ó de lo que, aunque se pruebe, no puede aprovechar para la decision de la causa; y como no se toma exâcto y cabal conocimiento, quando se presentan los interrogatorios de las preguntas que contienen, y si son en todo ó en parte condu-

ducentes, se reserva su exâmen para el tiempo de la sentencia con aquella cláusula saludable y comun de que se admitan *en quanto sean pertinentes*; y por efecto de ella quedan desaprobadas las preguntas inconducentes, y sin valor quanto sobre ellas hayan declarado los testigos.

20. Sucede muchas veces que, presentados los testigos en el término concedido para probar, no se reciben dentro de él sus declaraciones, y se trata de si haciéndolas despues de pasado, tendrán el mismo valor y efecto, que si las hubieran executado dentro del término.

21. Los Autores proceden á resolver esta qüestion distinguiendo dos casos: Uno, quando el término, que señaló el Juez para probar, es menor que el de la ley; y entónces convienen en que si se presentasen y jurasen dentro de él los testigos, pueden hacer y extender sus declaraciones, aunque haya pasado.

22. Si se hubiese recibido la causa á prueba por todo el término de la ley en qualquiera de los casos indicados en ella, resuelven lo contrario; esto es, que aunque se presenten y juren dentro del término, no pueden declarar despues de pasado. Otros añaden la diferencia de que se hubiese señalado el término para probar y haber probado, en cuyo caso no admiten las declaraciones despues de pasado, pero sí quando el término fué sencillo para probar solamente.

23. Acevedo á la *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4. *n.* 7. se explica en los términos siguientes: *Secundo notandum est, in jure dupliciter terminum ad probandum assignari posse; aliquando enim datur, et assignatur simpliciter ad probandum, aliquando vero ad probandum, et probatum habendum, ut hic; et inter hos terminos maxima constituitur differentia, quoniam in priori termino simpliciter ad probandum constituto sufficit testes jurare intra terminum hunc, ut possint eo elapso examinari, et ut censeantur in termino depossuisse, quia depositio, et dictum talis testis retrotrahitur ad tempus juramenti.*

24. Diego Perez á la *ley* 5. *lib.* 3. *tit.* 8. *del Ordenam. pág.* 1110. *vers. Sed tamen in contrarium: Dicendum est, quod*

quod aut loquimur in termino probatorio assignato à jure, vel in præfixo à Judice. In priori casu non sufficit jurare infra terminum; sed necessarium est, quod eo durante deponant testes, alias transacto termino, non poterunt amplius in causa executionis deponere: si vero terminus ad probandum sit assignatus à Judice, procedunt quæ dicta sunt in contrarium: terminus enim juris potentius excludit, quam terminus hominis.

25. Paz *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 8. *n.* 47. *Si vero testes fuerint producti, et jurati in termino, examinari poterunt elapso termino. Adverte tamen quod in casibus, in quibus testes producti, et jurati intra terminum examinari possunt post terminum, illud procedit in termino à Judice assignato: cæterum in termino ab ipso jure statuto non sufficiet testes esse productos, et juratos in termino; sed etiam intra terminum examinandi erunt.*

26. El Autor de la *Curia Philípica en la* 1. *part. del Juicio Civil* §. 16. *n.* 19. dice: "Habiendo término probatorio señalado, despues de pasado no se pueden presentar testigos, como consta de una ley de Partida, aunque se pueden exâminar los presentados en tiempo, haciéndose ántes de la conclusion, en el término de la publicacion: lo qual se entiende, quando el término se dió solo para probar, ó quando se dió menor, que del que á lo mas el estatuto, ó ley dispone."

27. La diferencia que se observa en las opiniones referidas, y en sus fundamentos, pondrá en confusion no solo á los que se dedican y tratan de instruirse en la práctica, si no tambien á los que la han exercitado muchos años, así porque no siempre hay tiempo, para que los Abogados y Jueces se detengan en reconocer y combinar las razones de los Autores, como porque no siempre alcanzan á discernir quales sean mas poderosas, y es de grande ventaja remover estos embarazos, poniendo una resolucion positiva á la qüestion indicada con las razones sólidas y sencillas en que se funda.

28. La retrotraccion á que recurre Acevedo, querien-

riendo unir el tiempo del juramento, que hacen los testigos dentro del término probatorio, y el de sus declaraciones que se reciben y extienden despues de él, no se funda en ley, ni en razon: porque la inventada retrotraccion es una ficcion traslativa de los tiempos, que no puede introducirse sin ley expresa auxîliada de la equidad y necesidad, que la excite en beneficio de la causa pública. Este es el sentir uniforme de los Autores. Carlev. *de Judiciis tit.* 3. *disputat.* 23. *n.* 12. Salgad. *de Reg. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 31. *et in tract. de Retention. part.* 2. *capit.* 17. *n.* 52. *vers. Nec dicatur.* Gomez *Var. resol. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 3. *vers.* 3. y en la *ley* 45. *de Toro n.* 23. *y* 93. con otros muchos.

29. ¿Pues adónde está la ley que permita jurar los testigos dentro del término señalado por el Juez, y recibir sus declaraciones despues de pasado? ¿Ni dónde hallan la razon de equidad y urgente necesidad en beneficio de la causa pública, que obligue á inventar el remedio de la ficcion, que es el mas singular y extraordinario de los derechos? ¿Y cómo se podrán unir dos tiempos tan distantes en su naturaleza, siendo el del juramento hábil y el de la declaracion inhábil? Cosa que no puede caber en la ficcion, que debe imitar á la naturaleza, como se demuestra por unos principios constantes en todos los casos que pueden recibir semejantes ficciones.

30. Los hijos naturales se ligitiman por el matrimonio subsiguiente, porque pudo contraerse al tiempo de la concepcion ó del nacimiento, siendo los dos tiempos hábiles; y por esta causa y la notoria equidad á beneficio de los hijos y de la causa pública permite y autoriza la ley la union de los dos tiempos. *Ley* 1. *tit.* 13. *Part.* 4.: *ley* 9. *tit.* 8. *lib.* 5. *de la Recop.* Lo contrario se dispone, quando el uno de ellos no es de igual naturaleza y aptitud, como sucede en los incestuosos, adulterinos, y los demas que nacen de dañado y punible ayuntamiento. *Cap.* 1. *et* 6. *ext. Qui filii sint legitimi.* Gonz. *en su Comentario*, y el Señor Covarr. *de Matrimon. part.* 2. *cap.* 8. §. 2.

La

31. La *adicion* de la herencia en el heredero extraño se retrotrae y une á la muerte del testador, por efecto de la ficcion traslativa que introduce la ley, quando en los dos tiempos de la muerte del testador y de la *adicion* era capaz el heredero de ser instituido, y de adquirirla. La equidad y necesidad de este caso es tambien notoria, como se expresa en la *ley* 22. *tit.* 3. *Part.* 6. y en el §. 4. *Institut. de Hæred. qualitate, et differ.*, y lo explica allí Vinnio; descubriéndose la utilidad pública en unir estos dos tiempos, para que no se interrumpiese el dominio y posesion de los bienes, que no puede estar pendiente ni un solo momento segun la opinion y fundamentos del Señor Molina. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 10. y del Señor Larrea *decis.* 51. *n.* 32.; y para que pudieran continuarse los efectos de la usucapion que empezó en el difunto, y continúa en el heredero, por haberse unido la posesion de uno y otro por medio de la ficcion indicada.

32. Paz y la Curia Philipica en los lugares citados no dan razon de su sentencia; y Diego Perez la reduce á la cláusula última del número referido: ibi: *Terminus enim juris potentius excludit, quam terminus hominis.* No explica, ni aun señala en qué consista la mayor fuerza que atribuye al término de la ley sobre el del hombre, y esta vaga autoridad dificulta la inteligencia, ó la pone en grande confusion.

33. Á mí me parece que podia evitarse la obscuridad que producen las opiniones referidas, y las razones en que se fundan, reduciéndolas á una muy sencilla, natural y sólida; y consiste en que el término de prueba menor que el de la ley, usando del prudente arbitrio que dispensa al Juez la 1. *tit.* 6. *lib.* 4., procede de un auto interlocutorio, qual es el de prueba; y como este puede reformarse por el mismo Juez que le dió, ya lo haga por palabras prorogando el término, ó por hechos que induzcan iguales efectos, se convence con toda evidencia, que quando el Juez recibe el juramento á los tes-

tigos dentro del término señalado en el auto de prueba, que se supone ser menor que el de la ley, y reserva recibir las declaraciones despues de él, se entiende que lo proroga por el tiempo que sea necesario para concluir aquella probanza; y por este medio ordinario puede extenderle al que señala la ley. En resumen viene á concluirse que el Juez, quando recibe el juramento á los testigos, y reserva sus declaraciones, alza y remueve el término primero, y dexa sin embarazo el de la ley, como si hubiera empezado con él: porque el juramento y exâmen es un solo acto que empieza en el juramento, y acaba en la declaracion, y está bien descubierto el ánimo del Juez en apartar todo impedimento para continuar y concluir el acto empezado en el mismo tiempo hábil dentro del término de prueba, que es el de la ley, alzando el de la restriccion que habia puesto él mismo, en el concepto de que seria suficiente, y no lo fué segun se supone.

34. Podrá preguntarse oportunamente en este lugar, si el último dia de los 80., señalados por la ley para hacer la prueba, excluye por sí solo y con tal eficacia la intencion de los litigantes, que si pretendiesen, pasado dicho término, hacer probanza ántes de la publicacion de las executadas dentro de aquel tiempo, pueda y deba el Juez de la causa repeler de oficio la pretension, negando la audiencia sobre ella, ó si ha de concurrir, ademas del lapso de los 80. dias, contradiccion de alguna de las partes, ó instancia para que sin retardacion se dé curso á la causa con la publicacion de probanzas.

35. La disposicion literal de la citada *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4. hace la prueba mas expresiva y concluyente, de que solo el lapso del término señalado en ella cierra enteramente el paso á qualquiera instancia de hacer probanza fuera de él: *ibi*: "Y que no los puedan alargar, y que »esto sea por todos plazos, y término perentorio; con »apercebimiento que no les sea dado otro término, ni »este les sea prorogado, ni gelo puedan prorogar, ni »alargar."

El

36. El simple señalamiento de los 80. dias contiene con igual fuerza y efecto dos partes dispositivas: Una es la facultad de probar dentro de él, y otra la prohibicion de hacerlo fuera. El que no usa del tiempo que le concede la ley, se entiende que le renuncia, y abusando de su indulgencia no puede implorar su nuevo auxîlio, ni venir contra su propio hecho. Salgad. *de Regia part.* 3. *cap.* 9. *n.* 227. *cum ibi relatis. Cap.* 10. *de Immunitat. Ecclesiar. Leg.* 13. *Cod. de Non numerat. pecun. Cap.* 10. *extr. de Probationib.* Vela *dissert.* 38. *n.* 17.

37. La calidad de ser perentorio y por todos plazos el término de los 80. dias, y la de repetirse tantas veces la prohibicion de que el Juez no le pueda alargar, ni dar á las partes otro término, apercibiéndole en caso de contravencion, manifiestan mas vivamente la intencion del Legislador, en que se hiciese la probanza dentro de este término, y que no pudiera admitirse fuera de él; (*ex late traditis à* Castill. *lib.* 4. *cap.* 52.) y entónces queda desde aquel punto privado el Juez de todo arbitrio, y ligadas las manos para relaxar la ley, cuya observancia y cumplimiento debe solicitar y llevar á efecto por su oficio, como executor de ella, siendo conforme á estos principios, que la probanza que recibiese el Juez pasado dicho término, estando tan clara la prohibicion de la ley, sea *ipso jure* nula.

38. El enunciado término fué reducido á los 80. dias por todos plazos y en calidad de perentorio para atender á la brevedad y conclusion de los pleytos, que es uno de los primeros objetos de las leyes, como lo es la utilidad pública á que se dirige. Por esta razon es de notar, que en el mismo *tit. 6. del lib.* 4. se une á los términos de las pruebas la conclusion de los pleytos, y en esto se indica bastantemente que ella es el fin de los términos que la preceden, y que ni las partes, ni el Juez pueden obrar contra él, embarazando el progreso de los autos con probanzas de testigos, pasado el tiempo en que pudiéron hacerlas.

39. La fuerza del tiempo limitado, y la nulidad que influye en todo lo que despues de él se hace, está uniformemente demostrada en todos los casos semejantes de que tratan las leyes.

40. En la 34. *tit.* 16. *Part.* 3. se propone el caso de haber alguna parte presentado testigos en juicio para probar su intencion, solicitando que por ellos, y sin querer usar de otros, diese el Juez su sentencia; y despues de esta expresa renuncia desea presentar nuevos testigos, y la ley los admite baxo de ciertas calidades. La primera, que los testigos recibidos ántes no hayan sido abiertos ó públicados: la segunda, que jure la parte, que no sabe lo que dixéron los suyos, ni los otros que habia dado su contendor; y la tercera, que no fueren pasados todos los plazos en que habia poderío de probar, y repite: "Mas »si los plazos fuesen pasados, non gelos deven despues res»cebir. Salvo ende carta, ó instrumento. Ca esto bien ge»lo puede rescebir ante de las razones cerradas."

41. Esta última condicion de la ley contiene tres partes: Una positiva, por la qual permite presentar nuevos testigos, y continuar su prueba dentro de los plazos en que habia poderío de hacerla: otra negativa, prohibiendo la presentacion y exâmen de testigos, pasados los plazos que señalan las mismas leyes para la prueba, que es lo decisivo de la qüestion propuesta; y la tercera parte consiste en la excepcion con que acaba la ley, *Salvo ende carta, ó instrumento*; la qual es otra especie de prueba que confirma la regla en contrario.

42. El remedio de la tenuta, que nace de la ley de Toro acerca de los bienes de mayorazgo, es privativo del Consejo, y tiene dos tiempos perentorios, uno para introducirle, y otro para acabarle. El primero es de seis meses contados desde la muerte del tenedor del mayorazgo, y posesion tomada por alguno que pretenda suceder en él. *Ley* 9. *tit.* 7. *lib.* 5. Paz *de Tenut. tract.* 1. *cap.* 16.

43. Si pasado el referido término de los seis meses viniere alguno al Consejo, solicitando por el remedio de la

la tenuta la declaracion de haberse transferido en él la posesion civil y natural por ministerio de la ley de Toro, y que en su conseqüencia se le mande dar la real, corporal, *vel quasi*, con recudimiento de frutos, que es la forma de este remedio singularísimo, no será oido, ni admitida su instancia, porque feneció su accion en el último momento de aquel tiempo, sin poder recobrarla por el privilegio de la restitucion, ni por otro medio alguno. Tal es la exclusiva de este término. *Ex dict. leg. 9. tit. 7. lib. 5. Recop. in fin.* Paz *de Tenut. cap.* 17. Molin. *de Primog. lib. 3. cap. 13. n. 60. et 61.*

44. El segundo es de cinqüenta dias igualmente perentorios, sin que se pueda prorogar mas, dentro del qual las partes digan y aleguen, prueben y presenten lo que quisieren; y luego se vea el dicho pleyto. *La misma ley 9. tit. 7. lib. 5.*

45. Quando se cometian estas instancias por el Consejo, mandaba al Juez que, en comenzando á entender en el negocio, asignase término de cinqüenta dias á las partes por todos términos y plazos, y que no se pudiera prorogar, ni alargar por ninguna manera ni causa, si no que dentro de él los oyera, y las partes ante él dixeran y alegaran, y presentaran los mayorazgos y otros títulos, escrituras y probanzas que quisieran; y hecho y concluso el negocio dentro de los dichos cinqüenta dias, sin otra conclusion, ni prorogacion mas para determinarlo, se traxese ante los del Consejo, y traido se viese y determinase luego, sin haber, ni dar lugar á otra alegacion ni probanza.

46. En las dos partes de la citada *ley 9.*, y en los dos modos de substanciar el juicio de tenuta, están reducidos los oficios de las partes á los estrechos límites de los cinqüenta dias señalados; y desde aquí empiezan inmediatamente los del Juez y del Consejo, que son incompatibles con aquellos, y tienen su objeto determinado, lo qual procede no solo quando los juicios de tenuta estaban reducidos á la material tenencia de los mayoraz-

razgos, si no tambien despues que se amplió su efecto á la posesion de ellos, remitiéndose á las Audiencias tan solamente quanto á la propiedad. *Ley* 10. *tit.* 7. *lib.* 5.

47. Para decir de nulidad de la sentencia están señalados 60. dias; y si dentro de este tiempo no lo dixeren las partes, no son oidas despues. *Ley.* 2. *y* 4. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.*

48. Para apelar de la sentencia están señalados cinco dias, contados desde que se diere y viniere á noticia de las partes; y pasados sin usar de este remedio, queda desde allí la sentencia ó mandamiento firme. *Ley* 1. *titul.* 18. *lib.* 4. "Pueda apelar hasta cinco dias, desde el dia »que fuere dada la sentencia, ó rescibió el agravio, y vi»niere á su noticia." *Ley* 4. *del mismo tit. y lib. in fin.* "Que se pueda alzar hasta quinto dia despues que le fue»re notificada." *Ley* 7. *del mismo tit. y lib.* Todo esto es efecto del curso de tiempo aun en un derecho y facultad tan favorable recomendable, como lo es la apelacion.

49. Los nueve dias concedidos para poder sacar por el tanto los bienes vendidos, en los casos que lo permiten las leyes, corren con tal impulso que el último momento de ellos excluye todo el derecho y facultad de retraerlos, sin que pueda recobrarse por el remedio de la restitucion en los menores, ni en otras personas privilegiadas. *Ley.* 7. *y* 8. *con otras del tit.* 11. *lib.* 5.

50. El remedio de la lesion en las ventas que se hacen en mas de la mitad del justo precio, ó en tan ínfimo que no llega á la mitad, tiene tambien prescripto el término de quatro años contados desde el dia en que fuéron hechos los contratos; y el curso de este tiempo excluye igualmente la accion, y la dexa desde aquel momento extinguida. *Ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *in fin.* "Del dia »que fueren hechos fasta en quatro años, y no despues."

51. Bastan estos exemplares, á que pudieran añadirse otros muchos, para convencer con demostracion el influxo que tiene el tiempo y su curso quando lo ponen

las

las leyes sin necesidad de auxîliarse con los oficios de las partes, ni del Juez, porque son mas vivos y eficaces los de las mismas leyes.

52. En contrario de lo que se ha expuesto hasta ahora en prueba de la conclusion antecedente, hacen al parecer bastante fuerza las proposiciones siguientes. Primera, que el Juez debe trabajar para descubrir por todos los caminos posibles la verdad y la justicia, que es el término de los juicios, sin detenerse en formalidades escrupulosas, ni aun en las que tocan en la substancia del órden. *Ley* 34. *tit.* 16. *Part.* 3. "E esto es porque los Jud»gadores siempre deven ser apercibidos para puñar é de »saber la verdad por quantas partes podieren." *Ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* La segunda, que la prueba de testigos es el mejor medio, y mas freqüentemente usado en los juicios, para llegar á descubrir la verdad y la justicia, y rara vez se logra igual prueba por instrumentos, siendo consiguiente á estos dos principios otro igualmente cierto, qual es que las pruebas, y los medios de hacerlas, no se han de estrechar ni limitar, si no facilitar, proporcionándolas al modo y tiempos en que puedan darse, atendida tambien la calidad de la causa, de lo qual resulta admitir probanzas imperfectas, reunir indicios y presunciones, y dar valor á ellas en los casos secretos y de dificil prueba, todo con el fin de averiguar por los medios posibles la verdad y la justicia.

53. Los términos, que señalan las leyes para hacer las probanzas, sirven principalmente para no dexarlos al arbitrio indefinido de las partes, y prevenir la malicia con que podrian dilatar considerablemente las causas en gran daño del Estado; pero si pasados dichos términos se ofrece la parte á probar incontinenti los hechos en que funda su intencion, no se puede concebir malicia, ni daño considerable en la dilacion del proceso, que es la segunda proposicion.

54. La tercera, que no se presume que las partes quieran abandonar, ni perder los derechos y bienes que li-

litigan, como sucederia si omitiesen de intento hacer su prueba en tiempo y forma, porque en ello consiste toda la fuerza de la verdad, sin la qual perderia necesariamente su derecho; y es preciso creer que tuvo alguna justa causa que le impidió hacer su prueba en el tiempo señalado por la ley; y estando á su favor esta presuncion, no parece justo gravarla con la necesidad de probar el impedimento, pues le seria costoso, dificil y á veces imposible.

55. La quarta, que presentar los testigos pasado el término de los 80. dias, pero ántes de publicarse los que se habian exâminado dentro de él, es un acto que aprovecha á la parte que solicita hacer entónces su prueba, y no perjudica á las contrarias, respecto á que no lo contradicen, ni es de temer soborne á los testigos, ignorando los recibidos en el término ordinario, pues se supone no haberse publicado, ni se detiene por tiempo considerable el curso de la causa: porque el Juez puede señalar á su arbitrio prudente un término breve, para que la parte presente y sean recibidos sus testigos, y proceder despues á la publicacion de unos y otros.

56. Al contrario sucederia, si no defiriese á la presentacion y exâmen de testigos de la parte que no ha hecho prueba en el término de la ley: porque sin ella pereceria su justicia con grave daño de sus intereses, lo qual resiste la equidad de las leyes; y para no caer en esta especie de iniquidad moderan su rigor en casos de mas estrecha prohibicion.

57. Uno de ellos, y acaso el mas controvertido, se deduce de la *ley 2. tit. 20. lib. 4. de la Recop.*, en la que dando forma y órden á los juicios de segunda suplicacion se dispone, que los Jueces nombrados "las vean, y »determinen de los mismos autos del proceso, sin rescibir escrito, ni peticion, y sin dar lugar á otras nuevas alegaciones, ni probanzas, ni escrituras, ni dilaciones, ni pedimentos por via de restitucion, ni en otra »manera alguna."

Á

58. Á vista de una ley que apura tanto la brevedad, y reduce el conocimiento de los Jueces á los autos del proceso formados en las anteriores instancias, excluyendo con eficaz repeticion las probanzas y escrituras por via de restitucion, ni en otra manera alguna, fuéron de sentir muchos Autores, que no debian admitirse nuevos instrumentos en este singularísimo juicio, aunque jurasen las partes haber llegado nuevamente á su noticia.

59. Pero otros de grave y superior nota, cuya opinion se halla autorizada con la práctica y observancia del Consejo, fuéron de dictamen, que quando los nuevos instrumentos, que se presentan con el juramento indicado, manifiestan claramente la justicia de la parte, deben ser admitidos para no caer en la iniquidad de ver perecer la justicia y la verdad, á lo qual no podia haberse opuesto la citada ley, ni otra alguna. Maldonado *de Secund. supplicat. tit. 6. q. 5. per tot. ubi plura videbis.*

60. Son de notar dos diferencias entre la proposicion antecedente y el caso deducido de la citada *ley 2. tit. 20. lib.* 4. La una, que la instancia ó juicio de que trata esta ley es el último, y no queda recurso para mejorar la intencion de las partes con otra prueba, lo que no sucede con las primeras instancias de que se va tratando en este capítulo: porque en las de apelacion puede la parte enmendar su omision, probando con instrumentos y testigos lo que no probó en el anterior juicio. *Ley.* 1. 2. 3. *y* 4. *tit. 9. lib.* 4.

61. La segunda diferencia consiste en que la citada *ley* 2. *tit*. 20. *lib.* 4. no recibe prueba de testigos, sino de instrumentos con la calidad y juramento insinuados; y no de qualquiera instrumento, sino de aquellos que á primera vista manifiesten la justicia de la parte, de un modo que no admita probable impugnacion.

62. En satisfaccion de estos dos reparos se debe tener presente, que las probanzas se hacen en las primeras instancias sobre artículos en que fundan las partes su intencion; y como son por lo comun contrarias las preten-

siones, viene á resultar que, hecha la probanza de testigos por alguna en primera instancia, queda la otra impedida de hacer la suya en la segunda; porque se prohibe executarla sobre los mismos artículos, ó derechamente contrarios, sobre que en la instancia ó instancias pasadas fuéron traidos ó recibidos testigos; y así viene á ser última instancia para la parte que no pudo probar en la primera; pues no le queda otra en que hacerlo, mirando desde aquel punto desamparada su justicia, y que necesariamente ha de perecer. La razon de esta prohibicion la expresa la misma ley, y consiste en el temor de que los testigos sean sobornados, y se hagan pruebas falsas, como habia acreditado la experiencia en los tiempos pasados, quando se recibian las partes á prueba generalmente en grado de apelacion ó suplicacion.

63. La presentacion de instrumentos es permitida pasado el término de la prueba, y aun despues de publicados los testigos hasta la conclusion de la causa, porque no admiten la sospecha de ser alterados, á que están expuestos los testigos, quando se buscan y presentan despues de publicadas sus deposiciones. Lo único que recelan las leyes en la presentacion de instrumentos es la malicia de haberlos reservado para irlos produciendo separadamente en el progreso de la causa con el fin de dilatarla, omitiendo usar de ellos en los términos en que debian, y están señalados. *Ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.* "Y si entiende que puede probar su demanda por »escrituras, las presente luego con la informacion de ca»so de Corte." *Ley* 2. *del mism. tit. y lib. in fin.* "Y pares»ciendo los reos en quanto á la presentacion de las es»crituras, que oviere de presentar para su defensa, se »guarde lo que de suso está declarado que ha de facer »el actor." *Ley.* 1. *y* 2. *tit.* 5. *lib.* 4.: *ley.* 1. 2. *y* 3. *tit.* 9. *lib.* 4. Para purgar la sospecha de esta malicia sirve el juramento de haber llegado nuevamente á su noticia, al qual se defiere por ser la única prueba que puede admitir el pensamiento y dictamen á que se refieren; y aun sin

sin el juramento que prescriben las leyes, se admiten los instrumentos ántes de la conclusion, conforme á la práctica de los Tribunales.

64. Los testigos que se presentaren pasado el término ordinario de la ley, estando cerradas y sin publicar las probanzas, están igualmente libres de todo recelo de que sean sobornados por la parte que los produce; y conviniendo en este punto con los instrumentos, parecia que debian admitirse en el tiempo indicado ántes de la publicacion de las probanzas; pero como estando executadas las de alguna parte, aunque no se hayan publicado legalmente en el proceso, han podido llegar por otros medios á noticia del que quiere despues presentar testigos, conviene que purgue estos recelos, jurando que no sabe lo que dixeron los que habia presentado ántes, ni los otros que habia dado su contendor, como lo hacen las partes que, pasado el plazo señalado por el Juez pero dentro de los de la ley, quieren aumentar sus probanzas. *Ley* 34. *tit.* 16. *Part.* 3. Y aun podia añadirse, que jurase no haber dilatado por malicia hacer su probanza en el término de la ley, y que creía probar su intencion con los testigos que presentaria, y en su defecto pagaria á la parte contraria las expensas y perjuicios que por la dilacion padeciere, á semejanza de los que piden término ultramarino para presentar testigos. *Ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4. Con superior razon debian ser exâminados los que presentase la parte pasado el término de los 80. dias, si á las calidades del juramento próxîmamente indicado, añadiese baxo el mismo juramento alguna de las siguientes: Que los testigos que intenta presentar no estaban en la tierra en donde pendia el pleyto, quando corrió el término de los 80. dias: ó que no se acordó de ellos entónces, aunque estuviesen en el propio lugar, ó sus inmediaciones. *Ley* 39. *tit.* 16. *Part.* 3.

65. Los términos de esta ley son mas estrechos que los motivados en la qüestion propuesta; pues suponiendo por regla, que publicados los dichos de los testigos no pue-

pueden despues producirse otros sobre aquella misma cosa en que fuéron exâminados los primeros, propone por limitacion el caso siguiente: Si alguno, aunque hubiese hecho prueba de testigos en primera instancia, no probó con ellos cumplidamente su intencion, y por lo mismo fué condenado, alzándose de esta sentencia, puede presentar en la segunda instancia otros testigos sobre los mismos artículos de la anterior, haciendo el juramento que prescribe la citada ley, reducido á que no lo hace por engaño, ni por malicia, ni por alongamiento, sino porque los testigos, que ahora quiere presentar, no estaban en la tierra, ó no se acordó de ellos para presentarlos.

66. La circunstancia de tratarse de recibir estos nuevos testigos sobre los mismos artículos en segunda instancia no debilita el concepto, de que en la primera ántes de la publicacion de los testigos, y aun despues de hecha, pudieran recibirse con el prévio juramento indicado: porque el permitirse por la citada ley en la segunda instancia, es efecto consiguiente al estado de la causa que refiere, pues supone estar dada la sentencia, y entónces ningun recurso queda á la parte ante aquel Juzgador que acabó su oficio, y es necesario habilitar al superior por medio de la apelacion; pero quando el Juez de primera instancia tiene toda su jurisdiccion expedita, y quiere alguna parte ampliar su probanza, ó hacerla de nuevo pasado el término de la ley baxo del juramento y calidades explicadas, correrá con mayor razon la indulgencia y dispensacion equitativa de la misma ley.

67. Con estas precauciones queda igual la presentacion de instrumentos y la de testigos, y su exâmen ántes de la publicacion, y socorridos los litigantes por estos dos medios de pruebas en la defensa natural de su justicia.

68. Esta proposicion puede confirmarse con la *ley 37. tit. 16. Part. 3.*, pues dexando prevenido lo conveniente acerca de la publicacion de los testigos, continúa con la si-

siguiente disposicion. "É despues que los dichos de los »testigos fueren así publicados, si alguna de las partes »quisiere despues desto, aducir otras pruevas, para pro»var aquella cosa misma en que avian dicho los prime»ros, non gelas deve el Juzgador recibir."

69. Aquí se pone por término exclusivo de nuevas probanzas la publicacion de las antecedentes, repitiéndolo dos veces: *ibi*: "É despues : : : : despues desto."

70. La misma observacion puede hacerse en la *ley* 5. *tit.* 6. *lib* 4. *de la Recop.*, cuyo epígrafe, que es un resumen de lo contenido en ella por extenso, dice así: "Que »no se pueda hacer probanza en primera instancia, fe»cha publicacion." En el cuerpo de la ley se manda, que si los testigos fueren recibidos como deben, y por quien deben, que despues de publicados no puedan ser tomados, ni traidos otros en primera instancia.

71. Procede esta doctrina con mayor seguridad, quando la parte contraria no contradice la presentacion y exâmen de testigos pasado el término de los 80. dias, y ántes de la publicacion de los recibidos en él; pues sino la pide alguno de los que litigan, no la puede hacer el Juez de oficio, y se entiende que consiente en la dilacion, que sea necesaria para la prueba que se solicita, prefiriendo la equidad de que se descubra y acredite la verdad, y no perezca la justicia. *Ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3. "Por eso non »deve el Judgador dexar de publicar los dichos de los »testigos, si la otra parte, que fué obediente, lo de»mandare."

72. Por la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.* está señalado el término de 20. dias para oponer y alegar todas otras qualesquiera excepciones y defensiones perentorias y perjudiciales, de qualquier calidad que sean; y se dispone que, pasado el dicho término de los 20. dias, no sea oido, ni admitido á las alegar y oponer, salvo que pareciere á los del Consejo y Oidores, que con juramento de la parte se deben recibir, y que no se alegan maliciosamente, que en tal caso las puedan recibir; pero no pro-

probándolas dentro del término que le fuere dado, debe ser luego condenado en las costas del pleyto retardado, á vista y tasacion de los Jueces, sin esperar á la sentencia difinitiva.

73. En esta ley se descubre mas la equidad con que proceden las leyes en el señalamiento de los términos judiciales, mirando siempre á precaver las malicias con que procuran las partes alargar los pleytos, indicando esta causa la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 4.; pero conservando siempre los medios que conduzcan á la sencilla y natural defensa de las partes, con cuyo importante fin mantienen la autoridad y arbitrio de los Jueces, para que disciernan si proceden las partes de malicia, ó de buena fe; pues en este caso les facilitan toda la natural defensa que les es debida, así en proponer nuevas excepciones, como en probarlas, conciliando la indemnidad y resarcimiento de los daños, que en su defecto causen con la dilacion á las contrarias.

74. Aunque por la enunciada ley solo se concede á los Jueces el conocimiento y autoridad para admitir nuevas excepciones despues del término de los 20. dias, y no habla del progreso y estado de la causa, en que puedan alegarse y proponerse, dá motivo esta indefinida libertad para entender que pueden hacerlo hasta la conclusion ó fin de la misma causa.

75. Para ocurrir á esta inteligencia, y determinar la que debe darse en este punto á la citada *ley* 1., conduce la 5. *del propio tit. y lib.*, que se compone de dos partes: En la primera concede á los menores la restitucion *in integrum*, si la pidiesen en la primera instancia, para poner sus excepciones nuevas, con tal que la pidan ántes de la conclusion para difinitiva; y en la segunda prohibe á los que no son menores, ni gozan de este privilegio, el que puedan alegar nueva excepcion para ser recibida á prueba despues de la publicacion de los testigos; pero bien podrán alegarla y proponerla, si pudiesen probarla por confesion de las partes, ó por escritura pública,

de-

debiendo observar en esta literal disposicion dos particularidades en confirmacion de la opinion últimamente indicada. La primera, que solo el término de la publicacion de los testigos excluye la propuesta de alegacion de excepciones nuevas y la prueba de testigos que necesiten; y la segunda, que pueden alegarlas despues de la publicacion, probandolas por confesion de la parte, ó por escritura pública; convenciéndose por esta sencilla combinacion, que la sospecha recae en los nuevos testigos, quando se quieren presentar y exâminar, publicados los dichos de los primeros.

76. Considerados con profunda meditacion los fundamentos expuestos por las dos partes de este artículo, reducido á si pasado el término ordinario de los 80. dias y ántes de la publicacion de las probanzas puede y debe el Juez recibir las que ofreciere en primera instancia alguna de las partes, hacen bastantemente embarazosa la resolucion, y la dexaria al juicio de otros que supieran discernir mejor que yo la fuerza de las doctrinas explicadas; pero estimulado de la obligacion, y del deseo con que escribo estos Apuntamientos prácticos, de facilitar la debida instruccion, me resuelvo á decir que yo adopto los principios naturales de equidad y buena fe en abrir la mano á descubrir y calificar la verdad y la justicia por todos los medios, que no traygan graves inconvenientes en dilatar los pleytos por malicia, y causar considerables perjuicios á las partes; y precavidos estos dos extremos con el juramento y demas calidades que previenen las leyes, y se han reunido en sus casos, no hallaria reparo en admitir y exâminar los testigos, que se presentasen pasados los 80. dias, y ántes de la publicacion de probanzas, haciéndose con citacion de la parte contraria, y dentro de un breve término que no produxese considerable dilacion.

77. Quando los testigos se hallan fuera del Lugar y jurisdiccion en donde reside el Juez de la causa, dá comision al que lo es de aquel territorio en donde están los

los testigos, para que precedido juramento les reciba sus declaraciones, y las remita autorizadas al mismo Juez de la causa.

78. A esta providencia general diéron motivo los abusos notorios y repetidos que cometian los Comisionados, que freqüentemente despachaban con jurisdiccion los Jueces propietarios de las causas, para que entendiesen en las probanzas que se habian de hacer fuera del territorio de su jurisdiccion, averiguaciones de delitos y otras diligencias, convirtiendo estos Comisionados su oficio en propio interes y grangería con gran menoscabo de la justicia y daño universal del Estado; y para ocurrir con el oportuno remedio que refiere y contesta la *ley* 31. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.*, ordenó y mandó: "Que ningun Consejo, »Tribunal, Chancillería, Audiencia, Comunidad, Universidad, ni persona particular de qualquier estado, calidad, ó condicion que sea, ó por qualquer título, causa, »ó razon, no puedan embiar, ni embien á ninguna parte »de estos nuestros Reynos ningun Juez de comision, ni »tampoco executor, ni otra qualquiera persona con jurisdiccion, comision, instruccion, ni en otra forma, á costa de las partes, ni en otra manera :::::: y que todos »los negocios, y causas que se ofrecieren, en los quales »sea necesario dar comision á persona particular, así de »probanzas, averiguaciones, cobranzas, execuciones, notificaciones, citaciones, como de otras qualesquiera diligencias, para las quales hasta ahora se han embiado »personas, se remitan de aquí adelante á las Justicias Ordinarias de la Ciudad, Villa, ó Lugar donde se huvieren »de hacer; y si por alguna consideracion, ó causa padecieren excepcion se remitirán al Realengo mas cercano." Lo mismo se ratifica en los capítulos 1.° y 2.° de la propia ley.

79. En la 25. *tit.* 22. *lib.* 2. se manda que no se cometa la probanza á Receptor; salvo quando las partes lo pidieren y conviniere, y que no lo pidiendo, se cometa á los Escribanos de los Pueblos donde se hubiere

de

de hacer. Y se conforman con estas disposiciones las *leyes* 68. *y* 69. *tit.* 4. *lib.* 3.; y el *auto acordado* 21. *tit.* 2. *lib.* 2.; y las *ley.* 13. *y* 15. *tit.* 21. *lib.* 4.: la 10. *tit.* 17. *lib.* 5. *ibi*: "Salvo por los Alcaldes Ordinarios de los Lu-"gares."

80. Á los daños que refieren estas leyes, y enmendáron con la reforma de los Comisionados y Receptores, correspondiéron grandes ventajas en lo general del Estado. Los Comisionados, desde que salen de sus casas hasta que vuelven á ellas, ganan sus salarios á costa de los litigantes, y esto lo hacen los mas íntegros y desinteresados; pues los que no lo son, que acaso será la mayor parte, quedan poco satisfechos con ellos, sino los traen enteros á su domicilio.

81. Para dar principio á la comision, deben manifestarla á las Justicias del Pueblo, y esperar su cumplimiento, quienes rara vez le dan sin la molestia de pedir copia certificada de la comision, y consultarla con Asesor, causando á las partes este nuevo gasto, y el que está haciendo entretanto inútilmente el Comisionado. Aunque sea de letras, recaen las mas veces estos encargos en Abogados que no tienen establecimiento seguro, ó son poco concurridos sus estudios, y obligados de la necesidad toman estos oficios saltuarios, y los pretenden con importunidad, haciendo despues grangería de su duracion, dilatando las diligencias mas tiempo de lo necesario para concluirlas.

82. En el nombramiento de estos Comisionados tiene mucho influxo la parcialidad y el interes de los criados y subalternos de los Jueces y Ministros que los envian, y se asegura mejor este partido en los que son de superior graduacion, quienes rara vez conocen á los tales Comisionados, si no que defieren á los informes que les hacen.

83. En los Jueces Realengos y Justicias Ordinarias están preservados estos daños; pues si los nombra el Rey á consulta de la Cámara, ó del Consejo de las Ordenes

en los de su territorio, llevan la aprobacion de tan respetables Tribunales en su literatura y conducta; y si los nombran los mismos Pueblos por tolerancia, prescripcion ó costumbre, tienen á su favor el consentimiento de los Capitulares electores en representacion de los demas vecinos, sobre un conocimiento práctico de su zelo y capacidad.

84. Todos estos Jueces y Justicias Ordinarias, de qualquier modo que sean elegidos, reciben del Rey toda su autoridad y jurisdiccion, con la condicion precisa de que se ayuden mútuamente en los oficios de mantener los Pueblos en paz y en justicia. *Ley. 2. y 16. tit.* 4. *Part.* 3.: *ley.* 1. 2. *y* 5. *tit.* 1. *Part.* 2.: *ley* 2. *tit.* 10. *Part.* 2. Marquez *en su Gobernador Christiano lib.* 1. *cap.* 19. *pág.* 233. tratando largamente del oficio de los Reyes en la administracion de justicia, sienta que la imposibilidad de hacerlo por sí solos en los grandes Estados es la causa de encomendarla á otros Ministros á quienes encarga parte de su solicitud, sin desprenderse del cuidado de velar sobre sus operaciones, y corregir las que no sean conformes á las soberanas intenciones de S. M.; y para que puedan cumplir mejor sus encargos sin emulacion y competencias, les divide y señala territorios, cuyos límites son los muros de su jurisdiccion; y quando hayan de usarla fuera de ellos, piden el auxîlio de los Jueces propios, recordándoles á nombre del Rey la obligacion de ayudarse mútuamente en los importantes fines indicados. *Ley* 1. *tit.* 29. *Part.* 7.: "É el Judgador del Lugar do »quiera, que fuere fallado el malfechor, despues que la »carta rescibiere, develo facer así, maguer non quier." *Ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 8. *de la Recop.* "Sea tenido de lo entre»gar por requisicion del Juez del delito, ó del Juez del »deudor, so las penas contenidas en las leyes sobre esto »hechas." *Ley* 3. *del mismo tit. y lib.* "Embiándoselo á re»quirir los Alcaldes, que diéron la sentencia, que sean »tenudos los dichos Alcaldes, y Oficiales del Lugar don»de estuviere, de lo prender, y prendan, y embien preso,
»y

»y bien recaudado á los Alcaldes, y Jueces del Lugar, »donde así hizo el maleficio."

85. Del uso de expedir estas requisitorias, admitidas por práctica general en todos los Tribunales seculares, y del pronto auxîlio y execucion que respectivamente deben dar los Jueces para no entorpecer, ni dilatar la administracion de justicia, sin la qual no es posible mantener la paz y felicidad del Reyno, tratáron con solidez y extension los Autores de mas respetable opinion, conviniendo todos en que para hacer cumplir las requisitorias, quando las resisten ó dilatan los Jueces requeridos, se recurre al Consejo, ó á las Chancillerías y Audiencias, por ser caso de Corte, en que interesa el beneficio general del Estado; y con un conocimiento instructivo y ligero, suficiente á descubrir la mal fundada repugnancia ó dilacion del Juez requerido, se manda librar Provision, para que cumpla efectivamente la requisitoria; y las mas veces se le condena en las costas y en multas, á proporcion de la malicia que se advierte. Covarrub. *Practicar. cap.* 10. *n.* 7. Bobadill. *lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 65.; y *lib.* 5. *cap.* 2. *n.* 36. Carlev. *de Judic. tit.* 1. *disput.* 2. *n.* 38. Larr. *decis.* 82.

86. Esta buena harmonía de ayudarse los Jueces en el cumplimiento de sus mandatos, y execuciones de la justicia, no solo es necesaria entre los seculares, que reciben su jurisdiccion del Rey con la precisa condicion ya indicada; sino que tambien se observa por los mismos principios de utilidad pública entre los Jueces seglares y Eclesiásticos. De la obligacion que tienen los Jueces Reales de prestar su auxîlio á los Jueces Eclesiásticos en lo que justamente les fuere pedido para el cumplimiento de sus determinaciones, disponen lo conveniente y muy estrechamente las Leyes Reales, manifestándose en todas el deseo de que no se embaraze la justicia que deben hacer los Eclesiásticos, quando su autoridad no alcanza á hacerse obedecer. *Ley.* 14. *y* 15. *tit.* 1. *lib.* 4.; y la 6. *tit.* 4. *lib.* 1. Covarrub. *Practicar. cap.* 10. *n.* 1. *vers. Ea-*

dem ratione. Carlev. *de Judic. tit.* 1. *disput.* 2. *n.* 40. Pereyr. *de Man. reg. lib.* 2. *tit.* 8. *cap.* 52. *n.* 32.

87. Estos Autores, que tratáron bien del asunto, observáron una diferencia notable entre los referidos Jueces, atribuyendo á los Eclesiásticos la autoridad de compeler con censuras á los seglares que resisten ó dilatan prestar el auxîlio que les piden; *Cap.* 4. *Ex. de Immunitat. Ecclesiar. Cap.* 4. *dict. tit. in Sext.*; pero en iguales circunstancias imponen á los Jueces seglares requirentes la necesidad de recurrir á los superiores del mismo Juez que dilata, ó niega el auxîlio que se le pide.

88. Aunque el Señor Covarrubias advirtió la diferencia indicada, no dió razon de ella. Carleval en el lugar citado se explicó, para autorizar y fundar esta diferencia, en los términos siguientes: *Cujus discriminis ratio est, quia secularis Judex obsequendo, ecclesiasticus vero solum patrocinando, hujusmodi auxilium impartitur.* Que es lo mismo que decir, que el Juez seglar está obligado á prestar el auxîlio al Eclesiástico en todos los casos que se le pida, y sujeto á su jurisdiccion para ser compelido á darlo por medio de las censuras; y que el Juez Eclesiástico presta por urbanidad y atencion el auxîlio que le pide el secular.

89. Esta doctrina procede sobre principios errados: porque la jurisdiccion Real en las materias temporales y de gobierno público, que son el objeto de ella, es tan soberana, independiente y sin sujecion alguna á la Eclesiástica, como lo puede ser esta en su línea y causas espirituales, y del fuero de la Iglesia; y hán de llevar la misma correspondencia, á ménos que se quiera introducir entre las dos jurisdicciones una sociedad leonina, en que la Real esté sujeta al arbitrio y disposicion de la Eclesiástica, obligándola con censuras á prestar el auxîlio que se la pide; y quedando en libertad la Eclesiástica de darle, quando parezca á sus Ministros, á ménos de recurrir á sus superiores por el medio del auxîlio.

90. Concurre tambien, en mayor demostracion de

que

que no debe admitirse la disonante diferencia que han introducido los Autores citados, la consideracion de los graves daños que este abuso puede producir al Estado en diminucion de la jurisdiccion Real; pues el temor que conciben los Jueces seglares á las censuras, y el escándalo que trae á los Pueblos ver á sus Magistrados declarados y envueltos en ellas, como inobedientes á la Iglesia, los hace caer en una debilidad baxa, y afloxar en la defensa de la jurisdiccion que les está encargada, prestando muchas veces el auxîlio sin el exâmen y discernimiento que les encargan las mismas Leyes Reales, para entender si justamente les es pedido.

91. Para ocurrir á las turbaciones y perjuicios, que los abusos de los Jueces Eclesiásticos en la imposicion de censuras á los Magistrados seculares producian freqüentemente, así en los casos de pedir auxîlio, como en otras de competencia de jurisdiccion, proveyó el Consejo lo conveniente; y se expidió Real Cédula en 19. de Noviembre de 1771., previniendo á los Jueces Eclesiásticos, que el uso de las censuras debia ser con la sobriedad y circunspeccion que dispone el Santo Concilio de Trento en el *cap.* 3. *ses.* 25. *de Reformat.*; y que si alguno de los Jueces Reales diese motivo de queja, lo representasen en derechura al Consejo, ó por mano de los Fiscales, para que se proveyese de remedio; y en caso de no hacerlo, pudiesen representar á S. M. por la via reservada del Despacho Universal, para que tomase la providencia que fuese mas justa.

92. Estos medios pacíficos y de buena correspondencia entre el Sacerdocio y el Imperio fuéron adoptados por muchas Iglesias, especialmente en las controversias excitadas con motivo de las órdenes del Consejo que tratan del conocimiento de las causas decimales, de las que se hace mérito en la citada Real Cédula de 19. de Noviembre de 1771., y se encarga continúen del mismo modo, exponiendo al Consejo qualquier desórden, ó mala inteligencia que se hubiere experimentado por parte

de

de las Justicias Reales, para que allí en vista de los antecedentes pueda tomarse la providencia con el debido conocimiento y formalidad.

93. Esta Real resolucion, acordada sobre la mas seria consulta del Consejo, no introduce novedad alguna en diminucion de la autoridad de la Iglesia y jurisdiccion de sus Jueces; ántes bien la mejora y conserva en su decoro, precaviendo las resultas que sufrian muchas veces los mismos Jueces Eclesiásticos en los recursos de fuerza que introducian los Reales, que se hallaban oprimidos con las censuras, ó las partes que solicitaban se suspendiese impartir el auxîlio que pedian los Jueces Eclesiásticos; pues fundándose los Reales para suspenderlo ó negarlo, en que la causa de que conocian los Eclesiásticos no tocaba al fuero de la Iglesia, y que de consiguiente no debia auxîliarse la execucion de sus mandamientos y sentencias, se consideraban obligados en defensa de su jurisdiccion á detener el conocimiento que habian tomado los Jueces Eclesiásticos, recurriendo, quando estos los amenazaban ó estrechaban con censuras, á los Tribunales superiores del territorio, en donde reside el Juez que comete la fuerza; y con sola esta sencilla exposicion acompañada con poder suficiente se admite el recurso, y se expide la Provision ordinaria para que el Eclesiástico remita los autos originales, y que absuelva por quarenta dias á los que estuviesen excomulgados; y con vista del proceso sin nuevas alegaciones, ni escrituras provean lo conveniente acerca de la fuerza.

94. Lo mismo sucede quando se motiva en el modo de conocer y proceder el Eclesiástico, que es otro defecto que puede dar justa causa al secular para no impartir el auxîlio que se le pide; y así como en uno y otro caso conoce el Consejo, las Chancillerías y Audiencias de la violencia que causan los Jueces Eclesiásticos á la jurisdiccion Real, en quanto oprimen á los Jueces seglares y á los vasallos de S. M., anticipó el Consejo igual defensa por el medio indicado en la citada Real Cédula de 19.

de

de Noviembre de 1771.; pues con la representacion de los Jueces Eclesiásticos, y justificacion de los agravios que motivan, sin llegar á la turbacion que causan las censuras, enmienda el Consejo qualquier desórden de las Justicias Reales, y les manda prestar el auxîlio en los casos que justamente les es pedido.

95. Para no interrumpir con disgresiones el principal asunto de que se ha tratado en este capítulo, se omite reunir las leyes que autorizan al Rey y á sus Tribunales para defender la Real jurisdiccion por medio de los recursos de fuerza, de los quales trataré separadamente en mas oportuno lugar con aquella solidez y claridad que pide un asunto, en que tanto interesa la causa pública.

CAPÍTULO IX.

De la restitucion para probar pasado el término ordinario.

1. Los menores de 25. años, las Iglesias, el Rey, los Concejos y Comunidades pueden hacer sus probanzas pasado el término de los 80. dias, en uso de la restitucion que les compete.

2. Este beneficio no tiene lugar en los contratos, ó juicios, que hayan celebrado, ó seguido los mismos menores, ya se hallen en la edad pupilar, ó ya en la pubertad ántes de cumplir los 25. años: porque su nulidad los escusa de todo daño, y están plenamente socorridos por la ley general. *Ley.* 4. *y* 5. *tit.* 11. *Part.* 5. Molin. *de Just. et jur. tom.* 2. *disput.* 573. *n.* 6. Hermosill. en la *ley* 4. *tit.* 5. *Part.* 5. *glos.* 12. *n.* 42.

3. Quando los mismos contratos, ó juicios se han autorizado por los Tutores ó Curadores con todas las solemnidades que requieren las leyes para inducir obligacion, quedan sujetos los menores, y pueden ser apremiados á su efectivo cumplimiento, porque así lo dicta el derecho de las gentes y el interes público de la Sociedad.

Pa-

4. Para exônerarse de esta ley comun, obtuviéron el singularísimo privilegio de poder reclamar el daño que padecerian si cumpliesen las enunciadas obligaciones; y como no era compatible la subsistencia de ellas con la falta de su cumplimiento, se figura que no han intervenido tales obligaciones, fingiendo que los menores se hallan en el estado y tiempo anterior á ellas, libres y expeditos para consultar sus intereses, y preservarlos de la pérdida que ya habian conocido, absteniéndose de entrar en iguales obligaciones, ya procedan de contratos, ó ya de juicios.

5. Este es el término en que se completa la restitucion *in integrum*; y en él está todo el beneficio que consiguen los menores. *Ley* 1. *tit.* 19. *Part.* 6. "*Restitutio* en »latin, tanto quiere decir en romance, como demanda »de entrega que face el menor al Juez, que le torne al»gun pleyto, ó alguna postura, que ha fecho con otro »á daño de si, en el estado primero en que ante esta»ba," *ley.* 2. *y* 3. *del propio tit. y Part.*; conviniendo unánimemente en esta proposicion todos los Autores.

6. De estos principios nacen algunas conseqüencias demostradas con igual seguridad en este artículo de la restitucion. La primera, que este privilegio contiene una derogacion de la ley comun, que recomienda y estrecha el cumplimiento de los pactos y obligaciones de qualquiera causa que procedan; y por este respecto es privativo de los Príncipes Soberanos dispensar á los menores este privilegio, pues ningun otro puede en todo ó en parte revocar la ley, dispensarla ó declararla. *Ley* 14. *tit.* 1. *Part.* 1. *Ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*

7. La misma restitucion viene á ser una ley privada á favor de los menores, y en cierta manera pública ó comun, en quanto obliga á todos los súbditos del Príncipe á que la guarden y cumplan; y esta es otra causa que la hace dependiente de la autoridad legislativa. Suarez *de Legib. lib.* 8. *cap.* 8.

8. La segunda conseqüencia consiste en los dos respec-

pectos indicados de contener la restitucion derogacion de la ley comun, y formar en sí misma otra ley que debe salir adornada de las precisas calidades de equidad, honestidad y utilidad pública, conciliando la que concurre en los casos y personas particulares, á quienes se concede este privilegio, con la general que debe conservarse en la ley comun. *Ley.* 49. 50. 51. *tit.* 18. *Part.* 3. D.Thom. *Prim. secund. q.* 97. *art.* 4. Suarez *de Leg. lib.* 8. *cap.* 9. *et cap.* 6. *n.* 1. *et cap.* 21. Covarr. *de Matrim. part.* 2. *cap.* 6. §. 9. *n.* 18.

9. La razon que excitó á los Reyes para conceder á los menores el singular beneficio de la restitucion, fué verlos desamparados de propio consejo por su menor edad, y sujetos necesariamente al de los Tutores, Curadores, ó defensores. El privilegio llamado de Corte, que igualmente se concedió á los menores para llevar sus causas en primera instancia al Tribunal superior del Reyno, ya sean actores ó reos, es uno de los mas exôrbitantes; pues rompe las muchas leyes, que disponen que el actor siga el fuero del reo, y que se radiquen los juicios en primera instancia ante los Ordinarios, en cuyo punto puede verse á Carlev. *de Judic. tit.* 1. *disput.* 2. con otros, *ley* 4. *tit.* 3. *Part.* 3., *ley* 8. *tit.* 3. *lib.* 4. *de la Recop.* Este privilegio se fundó tambien en la misma razon de considerar miserables á los menores por estar sujetos al arbitrio de los Tutores y Curadores, y expuestos á padecer abandono en sus bienes y opresion en sus personas, tanto de parte de los extraños, como de los mismos Tutores y Curadores. *Ley* 20. *tit.* 23. *Part.* 3. Covarrub. *Practicar. cap.* 6. *n.* 2. *et cap.* 7. *num.* 3. con muchos que refiere Salgado *Labyrint. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 27. *y* 28.

10. Las Iglesias y Comunidades gozan del mismo auxîlio de la restitucion *in integrum*, concedido á los menores de 25. años; y como esta ampliacion del privilegio no puede tener lugar, sin que precedan las causas de equidad, necesidad y utilidad pública, segun queda explicado por regla general en todo privilegio, especial-

mente en el que se concede contra derecho; es necesario suponer y considerar en las Iglesias, en las Comunidades y en el Rey las enunciadas causas; pero como no cabe la de menor edad, ni puede recurrirse á esta calidad en el Rey, en las Iglesias, ni en las Comunidades, no se descubre otra que justifique su privilegio, que la de estar gobernados en la administracion de sus bienes por ageno consejo y arbitrio, como lo están los menores de edad; pues no pudiendo el Rey atender por su persona al cuidado y administracion de sus bienes y derechos, confia este encargo á las personas que elige.

11. Los bienes de las Iglesias se gobiernan al arbitrio de sus Prelados y Cabildos, y los de los Pueblos al de los Regidores y demas personas de República; y conviniendo en este punto con los menores de edad, excitan la compasion y el particular cuidado de los Reyes, para preservar sus bienes de los daños que padecerian por culpa ó dolo de sus Administradores.

12. Es cierto que los Tutores y Curadores, ya se nombren por los padres de los pupilos en la forma que disponen las leyes, ó ya lo hagan los Jueces, se consideran de notoria probidad, inteligencia y buena fe; pues qualquiera recelo ó sospecha de su conducta impide confiarles tan importante encargo. Las mismas circunstancias, y aun mas recomendables, concurren en los Prelados de las Iglesias, en los Rectores de los Pueblos, y en las personas elegidas para administrar los bienes y rentas del Rey; y parecia que el consejo y direccion de tales personas daria mayor seguridad á los menores en sus contratos y obligaciones, y en el seguimiento de sus juicios, que la que pueden alcanzar los hombres rústicos y las mugeres, á quienes sin embargo se niega el auxîlio de la restitucion.

13. Concurre tambien la responsabilidad en que caen los Tutores, Curadores y Administradores, no cumpliendo sus encargos con aquella exâctitud y diligencia que lo haria un prudente y activo padre de familias con sus propios bienes; y podrian resarcir qualquiera daño, produ-

ciéndole por el medio y accion ordinaria contra los mismos Tutores y Administradores, que es otra circunstancia que debia inclinar á dexar ilesos los contratos y las obligaciones autorizadas con las solemnidades de derecho.

14. Aunque todo lo expuesto sea así, especialmente en quanto á la inteligencia y calidad de los Administradores y Tutores de los menores, y demas personas que gozan del privilegio de la restitucion, les falta sin embargo la circunstancia principalísima del interes propio, que es el que excita á la actividad y rectitud en las operaciones; notándose por lo comun su indolencia y floxedad para alcanzar el beneficio ageno, y el conato con que freqüentemente tratan de conseguir el propio, abusando de sus oficios, y de la ineptitud ó desidia de los menores de edad y de las Comunidades, que no tienen voz para reclamar su perjuicio, y las mas veces no lo conocen hasta que el tiempo lo descubre.

15. Los Tutores y Curadores llenan todo su oficio, quando ponen en la administracion de los bienes de los pupilos y menores aquella diligencia que suelen poner en sus propios bienes, y solo quedan responsables al daño que padecen los menores por su dolo ó culpa. *Ley* 1. *ff. de Tutel. et rationib. distra.* Vinnius *in* §. 7. *Inst. de Atil. Tutor.*

16. Si del perjuicio ó menoscabo, que reciben los menores por dolo ó negligencia de sus Tutores ó Curadores, ha resultado beneficio á alguna otra persona, como sucede en la venta de bienes muebles, ó raices, en las transacciones, ó en otros contratos, corresponden al menor dos acciones, una ordinaria contra los Tutores y Curadores, y otra que se considera extraordinaria por efecto de la restitucion *in integrum*; pero como las causas y las personas son diversas, no se confunden, ni son incompatibles, ántes bien se conservan á eleccion y arbitrio de los mismos menores, para que puedan usar, quando hayan salido de la menor edad, dentro de los quatro años próxîmos, de la que tengan entónces por mas ventajosa, ya sea por el ma-

mayor interes directo, ó por el que puedan lograr en la mas fácil, mas breve, y ménos costosa expedicion de sus acciones, sin que el uso de la una extinga en aquel punto la otra, sino que la reserva hasta que se haya reintegrado plenamente del daño que recibió; y como no es fácil discernir las ventajas que por tantos respectos pueden verificarse entre los Tutores y Curadores, y los que posean los bienes ó derechos en que se hayan perjudicado los menores, ni seria justo restringir las acciones de estos, pues resultaria entónces que alguno de ellos quedase libre, ó, con mas propiedad, que no fuese responsable al resarcimiento del daño; es consiguiente que nazcan y se conserven á favor de los menores las dos enunciadas acciones, una contra los Tutores por su negligencia ó dolo, y otra contra los poseedores de sus bienes por el interes que recibiéron, y no pudo entónces precaver el menor.

17. Por estos principios se demuestra, que aunque estas dos acciones fuesen iguales en el objeto, de manera que con una y otra recibiesen un propio interes, se verifica grande utilidad á favor del menor en la concurrencia de las mismas dos acciones, y en la opcion para usar de qualquiera de ellas.

18. En esta proposicion está reunido todo el fundamento de las leyes y de los Autores que la reciben con uniformidad, habiéndola puesto en el estado de ser ya un principio en esta materia. *Leg.* 39. §. 1. *ff. de Minorib. Quæro, cum sint idonei curatores, an minor adversus Titium emptorem in integrum restitui possit? Respondi, ex omnibus quæ proponerentur, vix esse eum restituendum: nisi maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse adprobaverit, ei præstare: maxime cum sit ei paratum auxilium, curatoribus ejus idoneis constitutis. Leg.* 3. *Cod. Si tutor vel curator interv.: Etiam in his quæ minorum tutores, vel curatores male gessisse probari possunt: licet personali actione à tutore vel curatore jus suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari jampridem placuit. Leg.* 5. *Cod. Eod. Etiam tutoribus vel cu-*

curatoribus distrahentibus, vel aliis contrahentibus, minores tam restitui rebus propriis, quan tutorum, vel curatorum damna sequi, nullo eis præjudicio per electionem generando, placuit. Molin. *de Just. et jure tract.* 2. *disput.* 573. *n.* 5. Greg. Lop. *in leg.* 2. *tit.* 19. *Part.* 6. *glos.* 2. Hermosil, *in leg.* 4. *tit.* 5. *Part.* 5. *glos.* 12. *n.* 40. 41. Cancer. *Var. part.* 3. *cap.* 2. *n.* 88.

19. El daño del menor, el haberle venido por su debilidad en tiempo de su menor edad, ó por negligencia, ó engaño de su guardador, defensor, ó de otro forman todo el fundamento de su restitucion. *Ley* 2. *tit.* 19. *Part.* 6. "E de tal menor como este se entiende »que si daño, ó menoscabo rescibiere por su liviandad, ó »por culpa de su guardador, ó por engaño quel ficiese otro »ome, que debe ser entregado de aquella cosa que per»dió, ó que se le menoscabó, por qualquier destas tres »razones." *Ley* 3. *del mismo tit. y Part.*: "Conosciendo, »ó negando en juicio, el menor, ó su guardador, ó su »Abogado, alguna cosa porque menoscabase, ó perdiese »de su derecho; ó dexando de poner defension, ó otra »razon, de que se pudiese aprovechar." *Ley* 8. *del mismo tit. y Part.* "E esta restitucion puede demandar en todo »pleyto, ó conoscencia, que él oviese fecho á daño de »sí, ó su guardador, ó su Abogado." De aquí es que debe ser del cargo del menor probar el daño y todas las demas circunstancias que completan su intencion, haciéndolo con citacion y audiencia de la parte que demanda, pues sin este prévio requisito no le perjudicaria la probanza. Esto es lo que persuaden los principios generales que están por la subsistencia de los contratos, ó juicios en que han intervenido las solemnidades de derecho, y que su rescision puede solamente franquearse por una demanda en que se acredite la equidad, que es efecto del daño del menor, como se comprueba especialmente en el asunto de las restituciones por las mismas leyes que las introducen. *Ley* 1. *tit.* 13. *Part.* 3. "E monstrando el »daño que le ende viene, si non tornase el pleyto de cabo, »en

»en aquel mismo estado que era, ante que la conoscencia »fuese fecha." *Ley 2. tit. 19. Part. 6.* "Provando el daño, ó »el menoscabo, é que era menor de veinte y cinco años, »quando lo recibió: ca, si esto non fuese probado, non »se desataria lo que fuese fecho, ó puesto con él, ó con »su guardador." *Ley 5. del mismo tit. y Part.* "É el Juez »dévelo facer, si fallare en verdad, que el pleyto fizo »seyendo menor de veinte y cinco años, é fuese prova»do el empeoramiento, é el menoscabo, que le viene »por ende." *Ley 6. del mismo tit. y Part. in fin.* "Porque »siempre ha de provar dos cosas el que demanda resti»tucion: la primera, que era de menor edad á la sazon »que fizo el pleyto, ó la postura; la segunda, que la »fizo á daño, é menoscabo de sí." La 7. "Pero quando »esto oviere de facer, deve ser delante los acreedores de »la heredad, que sepan qual es la razon, porque la des»ampara." La 8. "É el Juez deve llamar ante sí la otra »parte, á quien facen la demanda, é si fallare que el »pleyto, ó la conoscencia, ó el juicio sobre que deman»da la entrega que fué fecha á daño del menor, déve»le tornar en aquel estado en que era ante." La 4. *tit.* 14. *Part.* 3. "Tenudo es aquel, que quiere quebrantar el »pleyto de provar dos cosas. La una, quel era me»nor en aquel tiempo que aquel pleyto fizo. La otra, »que fué fecha con engaño, ó gran daño de sí. Ca si »estas dos cosas non provase, non se podia desatar el »pleyto."

20. Qual sea el daño que ha de probar el menor, y en que cantidad para dar entrada á su pretendida restitucion, no está determinado por las leyes; y de aquí toman ocasion los Autores para dividirse en sus opiniones, llenando de obscuridad y confusion á los Profesores y á los Jueces que no tienen todo el discernimiento necesario, para asegurar la mejor eleccion en los casos que ocurran.

21. Si se consultan las leyes que van citadas, se hallará que solo piden para la restitucion, que haya daño ó menos-

ca-

cabo del menor; y esta indefinida expresion, que equivale en buena Jurisprudencia á la universal, se verifica cumplidamente en qualquiera daño ó menoscabo, no siendo lícito distinguir entre el mayor ó el menor, quando no lo distinguen las leyes.

22. En la 2. *tit.* 19. *Part.* 6. se dice. "É de tal me»nor como este se entiende, que si daño, ó menoscabo »rescibiere." En la 3. "Porque menoscabase, ó perdiese »su derecho." En la 5. "Á su daño, ó cambiando su »debdo por otro peor." En la 6. *al fin.* "Que la fizo á »daño, é menoscabo de sí." En la 7. "Si entendiese que es »daño del mozo en tener la heredad." En la 8. "Á daño del »menor :::: Á daño de si." Todas las del *tit.* 19. *Part.* 6.

23. Otras muchas leyes y disposiciones Canónicas hacen mérito del gran daño del menor, distinguiéndole á veces con el dictado de enorme, para dar entrada á la restitucion que solicita. La citada *ley* 4. *tit.* 14. *Part.* 3. hablando de las dos cosas que ha de probar el menor para quebrantar el pleyto por efecto de la restitucion, dice con respeto á la segunda, *que fué fecha con engaño, ó á gran daño de sí.* La *ley* 1. *tit.* 13. *de la mis. Part.* repite dos veces el *gran daño del huérfano*, para que tenga lugar la restitucion contra la conoscencia que hubiese hecho á presencia y consentimiento de su guardador. "Pero si la conoscencia se tornase á gran daño del »huérfano :::: é si el Rey, ó el Juez entendieren que aque»lla conoscencia se tornase en gran daño del huérfano, »dévenla revocar.

24. La *ley* 5. *tit.* 19. *Part.* 6., tratando de las cosas del menor que se venden en almoneda, dice, que si despues que alguno las hubiese comprado viniese otro que dixese, que daria mucho mas por ellas, que puede pedir el menor al Juez que vuelva las cosas el que las habia sacado de la almoneda, y que las dé al otro que da mas por ellas: *é el Juez dévelo facer, si entendiere que es gran pro del mozo.*

25. En la oferta del nuevo comprador no se satisfa-

face la ley solamente con que dé mas, sino que requiere que *sea mucho mas*, y la providencia del Juez debe tomarse sobre el conocimiento de que logre el *mozo gran pro* en aquel ofrecimiento.

26. El *cap.* 11. *de Reb. Eccles. alienand.* refiere el feudo otorgado por la Iglesia en ciertos bienes propios, y la reclamacion que despues de muchos años hizo el mismo Monasterio para recobrar los bienes dados en feudo; y para que tenga lugar en este caso la restitucion, es necesario probar que el Monasterio sufriese enorme dispendio: *Propter hoc inveneritis enorme dispendium incurrisse.*

27. Para conciliar las enunciadas disposiciones, y poner en la debida claridad el uso que se debe hacer de ellas en los juicios y sus determinaciones, conviene establecer por regla general, que si el daño, que padece y prueba el menor, es de corta entidad, no se debe deferir á la restitucion que pretende, y se mantiene el contrato, ó juicio que le hubiere causado, porque en las acciones ó remedios, que deben su orígen á la equidad y á la compasion, no deben cuidar los Magistrados de cosas pequeñas; pues resultarian grandes daños al Estado de repetirse con freqüencia tales reclamaciones, rompiendo la fe de los contratos, que rara vez pueden ajustarse á los ápices de su valor, especialmente quando el de las cosas no está determinado por la ley, y admite sus grados entre el ínfimo al supremo, y aun estos estarian pendientes del arbitrio de los testigos.

28. El daño del menor ha de merecer justo aprecio en el Juez; y de este hablan las leyes quando ponen indefinidamente el daño ó el menoscabo del menor, y entónces podrá considerarse y tenerse por grande este daño, que ha de mover al Juez á conceder la restitucion respecto del mínimo que debe despreciar.

29. Para usar de la restitucion se conceden á los menores, á las Iglesias, á las Comunidades, y á todos los demas que gozan de igual privilegio, el término de quatro años, los quales empiezan á correr en los meno-

res

res desde que cumplen los 25 años, y en las Iglesias y Comunidades al tiempo de los contratos y juicios de que les nace el daño que intentan reparar. *Ley* 8. *tit.* 19. *Part.* 6. *al fin.* y la 9. *del mismo tit. y Part.*

30. Para usar de la restitucion dentro de los quatro años señalados, basta que prueben los menores, y las demas personas que gozan de este privilegio, aquel perjuicio, que con respecto al negocio de que se trata sea estimable en el arbitrio prudente del Juez, sin que sea necesario que toque en el extremo de ser grande, ó enormísimo; y entónces llena la restitucion *in integrum* todos sus efectos, no solo en los bienes que se recobran, sino tambien en los frutos que hayan producido desde el dia del contrato, aunque los haya consumido el poseedor; pues como se retrotrae el menor al tiempo anterior al contrato, que motivó la posesion y dominio del comprador, se quita del medio toda convencion, y se finge que no la hubo, y que el menor se ha mantenido constantemente en la posesion de los bienes vendidos, sin haberla perdido ni un momento. *Ex legib. quas refert* D. Covarr. *Var. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 1.

31. Quando excede el daño de la mitad del justo valor ó precio de las cosas que vende ó compra el menor, puede usar para repararlo de dos acciones: una ordinaria que nace de la *ley* 2. *Cod. de Rescind. vendition.* y sus concordantes, *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recop.*, *ley* 16. *tit.* 11. *Part.* 4., *ley.* 56. *y* 62. *tit.* 5. *Part.* 5.; y otra extraordinaria por el beneficio de la restitucion. Por la primera dexará el menor al arbitrio y eleccion del que le compró sus bienes, que le repare el perjuicio, volviéndole los mismos bienes, ó supliendo el precio hasta el justo de su valor: *ex citatis número próximo*; pero por la restitucion logra determinadamente recobrar la cosa vendida, que es en lo que consiste la mayor ventaja de este auxîlio; y por esta razon es compatible y útil la union de estos dos remedios en el menor, como se ha fundado en lo principal de este discurso.

32. Pero ya use de uno ó de otro remedio, debe hacerlo dentro de los quatro años que señalan las mismas leyes, contados desde que cumplió el menor los 25.

33. En el Rey, las Iglesias, Concejos y Comunidades concurren las mismas dos acciones con los fines y ventajas que se han explicado en los menores; pero con un nuevo beneficio que no tienen estos, y consiste en que aquellos pueden usar de la restitucion, en el caso de ser perjudicados en mas de la mitad del justo precio, hasta treinta años desde el dia que fué hecho el enagenamiento de la cosa. *Ley* 10. *tit.* 19. *Part.* 6.

34. Este exceso y enormísima lesion es necesaria para que tenga lugar el uso de la nueva restitucion pasados los quatro años; y de esta habla, y debe entenderse el *cap.* 11. *de Reb. Eccles. alienand.*

35. Su literal contexto manifiesta, que en aquella venta padeció la Iglesia lesion enormísima, y que la restitucion *in integrum* se pidió pasados los quatro años desde el dia del contrato. La prueba de lo primero se presenta en la simple relacion de los hechos que contiene el citado capítulo, señaladamente en quanto afirma haberse vendido la heredad por el precio de 80. libras, y que el comprador habia percibido de sus frutos en solo el primer año el todo de las 80. libras y algo mas: *Quod idem* 80 *libras persolveret* :::::: *præsertim cum idem laicus primo anno de ipsius proventibus ultra summam perceperit prætaxatam.*

36. La segunda parte, esto es, que la restitucion fué pedida despues de los quatro años, se manifiesta por aquellas palabras: *Et per multos postmodum annos sumpserit ejus fructus.*

37. De estos dos supuestos, en que se conforman los Expositores, se deducen dos conclusiones. La primera, que la Iglesia quando en sus contratos padece grande daño, tiene ademas del auxîlio de la restitucion ordinaria que compete á los menores, y cuyo uso está limitado al tiempo de los quatro años, otro nuevo y mas privilegiado bene-

neficio para poderse reintegrar, usando de él dentro de treinta años; y para este caso tan extraordinario y singularísimo es necesario que el perjuicio sea enormísimo, como se verificaba en el caso del citado *cap.* 11. y en el de la *ley* 10. *tit.* 19. *Part.* 6.

38. La segunda conclusion consiste en que la restitucion, que propone la Iglesia fuera de los primeros quatro años, es limitada á la cosa vendida, ó en qualquiera otro modo enagenada.

39. Esta diferencia respecto á la restitucion *in integrum* ordinaria, de la que se usa en el referido término de los quatro años, consiste segun opinion de algunos en que la extraordinaria restitucion (pues así llaman á la que se produce pasado dicho tiempo) procede de gracia, y no debe tener efectos tan cumplidos.

40. Otros Autores aseguran, que el no venir los frutos en la restitucion del citado *cap.* 11. es por la especialidad del feudo con que se enagenáron los bienes de aquel Monasterio, ya sea por el servicio personal que habia prestado el comprador, ó por el trabajo que tuvo en pagar á los acreedores del mismo Monasterio. Covarrub. *Var. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 15. Gonzal. *in dict. cap.* 11. *de Reb. Eccles. alienand.*

41. Todas las restituciones, de que se ha tratado hasta ahora en este capítulo, tienen por objeto reintegrar al menor del perjuicio que hubiese sufrido en sus contratos con menoscabo de su patrimonio, y en todas se trata de evitar el daño, y por esta razon se hace mas recomendable á la equidad y compasion de los Jueces.

42. Pero aun hay otra restitucion de que usan los menores en causas lucrativas, para que su utilidad sea mayor, aunque no proceda daño, como sucede en la enagenacion de sus bienes executada en subhasta ó almoneda; pues aunque se halle perfecta la venta, pasado el término señalado para ella, y entregada la cosa al comprador en quien se remató, tiene lugar la restitucion si viniese otro licitador que ofreciese dar *mucho mas por ella.*

43. La *ley* 5. *tit.* 19. *Part.* 6. no dexa que dudar en la proposicion antecedente con aquellas palabras: "E aun »decimos, que si alguna cosa del menor de 25. años fuese »metida en almoneda, é la comprase alguno, é despues »de eso viniese otro que dixese que daria mucho mas »por ella; que puede pedir otrosí al Juez, que torne »aquella cosa el que la avia sacado del almoneda, é »que la dé al otro que da mas por ella; é el Juez dévelo »facer, si entendiere que es gran pro del mozo."

44. Lo mismo se hallaba dispuesto en la *ley* 7. §. 8. *ff. de Minorib. vig. quin. an.*, y han seguido con mucha uniformidad los Autores. Amato *part.* 1. *resol.* 38. *n.* 21. Acevedo *in leg.* 2. *tit.* 1. *lib.* 2. *n.* 11. Bobadilla *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 24. Salgado *Labyrint. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 33.

45. Á la venta de los bienes raices de los menores precede el conocimiento exâcto de la urgente necesidad que obliga á su enagenacion, interponiendo el Juez su autoridad y decreto judicial, y se procede á la subhasta pública para evitar fraudes, colusiones y perjuicios del menor, y asegurar que reciba íntegro el justo precio de sus bienes. *Ley* 60. *tit.* 18. *Part.* 3., y la 18. *tit.* 16. *Part.* 6. Todas estas precauciones suelen no alcanzar á veces á precaver la malicia de los que intervienen en estas ventas, y llegan á padecer los menores grandes lesiones, tocando en el exceso de la mitad del justo precio; y con la experiencia de iguales sucesos declaró la *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.* que el remedio, que competia generalmente por la lesion enormísima, tuviese lugar, aunque las ventas se hiciesen por almoneda, conviniendo por conseqüencia en que los menores podian usar de la restitucion en este caso, segun queda demostrado; pero de qualquiera de los dos remedios indicados que á su eleccion usen los menores, siempre deben probar el daño, porque es el fundamento de sus acciones.

46. No sucede así en el caso de la citada *ley* 5. *tit.* 19. *Part.* 6.; pues no supone, ni aun enuncia, que la alhaja del menor vendida en almoneda hubiese sido rematada

en

en ménos del justo precio, ni que se hubiese faltado á las solemnidades necesarias; y solo sí se funda en que se ofrecia dar *mucho mas* por ella, consistiendo el privilegio de esta restitucion en la mayor ganancia que lograria el menor, si se rescindiese aquel contrato celebrado en almoneda pública; y siendo la condicion del que trata de captar lucro ménos recomendable, que la del que solicita evitar su daño, era consiguiente que se buscase y concurriese en aquel mayor causa, qual se estimó la de ofrecer *mucho mas* por la cosa vendida, y que en ello considerase el Juez *gran pro del mozo*, circunstancias que no son necesarias para que tenga lugar la restitucion dirigida á reponer el menoscabo, que han padecido los menores en sus contratos, aunque se hayan autorizado con todas las solemnidades de derecho.

47. Ni la citada *ley 5. tit. 19. Part. 6.* explica la cantidad que ha de ofrecer el nuevo licitador para que tenga lugar la restitucion, ni determina la que haya de ser para tenerse por *gran pro del mozo*, dexándola por conseqüencia al arbitrio del Juez, como lo indica bien claramente la misma ley en quanto dice: "É el Juez dévelo »facer si entendiese que es *gran pro del mozo.*"

48. El uso de este arbitrio se ha de acomodar á las diferentes circunstancias de los casos que no pueden sujetarse á regla cierta, quedando todas á la prudente consideracion del Juez con algunas advertencias y observaciones, que hacen los Autores que tratáron con mas juicio esta materia. Gutierrez *Practic. lib.* 1. *q.* 38. *n.* 4. Covarrubias *Var. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 11.

49. Otra duda se presenta en la misma ley; pues suponiendo el ofrecimiento de mucha mas cantidad, que hacia el nuevo licitador despues de celebrado el remate en otro, continúa con la siguiente disposicion: "Que »puede pedir otrosí al Juez, que torne aquella cosa el »que la avia sacado de la almoneda, é que la dé al otro »que da mas por ella: é el Juez develo facer si entendiese »que es gran pro del mozo."

La

50. La primera parte de la enunciada disposicion procede sin reparo, esto es, que el que habia sacado la cosa de la almoneda, la torne ó vuelva; pero la segunda, "é que la dé al otro que da mas por ella," manifiesta que con solo el ofrecimiento de dar mas por la cosa vendida y rematada en el primer postor, se ha de entregar al segundo que da mas; pero esto no es así, porque vuelta la cosa por el primer comprador, debe continuarse la almoneda sobre la segunda postura, por el término que señalare el Juez, y admitirse dentro de él qualesquiera mejoras que se hiciesen, ya sea por el primer comprador, ó por otro, rematándose, en el dia que se señalare, en el que mas diere; y solo en el caso de que no se adelantase la mejora hecha por el que motivó la restitucion, se remataria en este, y se le daria como insinúa la citada ley. Bobad. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 21. Gutierrez *Practicar. lib.* 1. *q.* 38. *n.* 1. *in fin.*

51. De esta manera la entienden los Autores citados, y es conforme á los buenos principios que se han establecido en este artículo: porque la restitucion pone al menor en el estado que tenia la almoneda ántes de cerrarse con el primer remate; y finge que este no intervino, ni excluyó el gran provecho que ofrece al menor el nuevo licitador; y si este hubiese hecho su mejora, ántes que realmente se hubiese rematado la cosa, correria sin duda aquella puja en la misma almoneda, publicándose hasta su remate, y admitiendo las mejoras que sobre ella hicieren; y lo mismo debe suceder en el caso de la ficcion legal que remueve aquel primer remate, como si no se hubiera hecho.

52. El término, que debe concederse para continuar esta nueva subhasta, pende tambien del arbitrio del Juez, y regularmente se concede la mitad del primer término, como se hace en las probanzas que hacen los menores en virtud de esta restitucion pasado el ordinario de la ley, de lo que se tratará luego con mayor discernimiento. En confirmacion de estos principios, el Conse-

sejo usa de su autoridad á beneficio del menor en la venta de sus bienes raices, no solo quando hecho ya el remate en el mayor postor de la subhasta, viene otro ofreciendo mucho mas, sino quando concibe probablemente, atendidas las circunstancias de aquella almoneda, y de los bienes que se venden en ella, que podrá esperar mayores ventajas en el precio, si se repitiese por nuevo término, pues entónces manda de oficio que se vuelvan á sacar los bienes á subhasta por el que señala, que no puede exceder de la mitad del primero que se circunscribe al de quarenta dias.

53. Dentro de que tiempo deba hacerse el ofrecimiento de la mejora, contando desde que se celebró el remate en el primer postor, es otra duda mas grave que las antecedentes; pues ni la explican las leyes, ni la tratan los Autores. Para tomar en ella alguna resolucion ménos arriesgada, he reconocido, meditado y combinado muchas veces los términos de las subhastas en los arrendamientos de rentas Reales.

54. Por el de quarenta dias se publican para el primer remate, y en ellos se pueden hacer y deben admitirse las posturas, pujas y mejoras en poca ó en mucha cantidad. *Ley. 2. tit. 13. lib. 9.* Pero celebrado el primer remate con todas las solemnidades que ordenan las leyes, se continúa la publicacion de las rentas por otro término que no sea menor que el de quince dias; y en estos pueden hacerse, y deben admitirse las pujas y mejoras de diezmo entero ó medio diezmo sobre la cantidad, en que se hallaren rematadas en el primero y anterior remate; esto es, que si importare mil reales, el diezmo entero será ciento, y el medio cinqüenta.

55. El referido término de los quince dias se puso para impedir á los Contadores y Oficiales Reales que hiciesen con precipitacion el segundo y postrero remate, sin esperar el tiempo oportuno á que pudiesen venir nuevos licitadores; y por consequencia quedó limitada á dicho término la facultad de hacer las enunciadas pujas

jas de diezmo ó medio diezmo. *Ley* 2. *tit.* 13. *lib.* 9.

56. No sucedió así en la puja del quarto, pues habiéndose tenido por irrevocable el contrato cerrado con el segundo remate, se inventó el medio de conciliar su firmeza con el favor de las rentas, prohibiendo que dende en adelante no se recibiese mayor precio, ni puja, ni media puja, ni otro precio mayor, ni menor, salvo que la puja fuese tanta, quanta monta la quarta parte de la renta y no en otra manera, ó de consentimiento de las partes á quien toca. *Ley* 5. *tit.* 13. *lib.* 9.

57. En esta ley se omitió señalar el tiempo en que podia hacerse la puja del quarto; pero se tocáron muy luego los graves inconvenientes que resultaban de esta inadvertencia, pues los que intentaban mejorar la renta con la enunciada puja del quarto, se persuadian poder hacerlo hasta el último dia del tiempo que comprehendia el arrendamiento; y haciendo conocer este abuso la necesidad de poner límites al deseo de mejorar las rentas en la quarta parte, señaló la ley tres meses contados desde el último remate y su recudimiento. *Ley* 6. *tit.* 13. *lib.* 9.

58. De estos antecedentes se infiere con evidencia la urgente necesidad de que se estableciese por ley el tiempo, en que podrian ofrecerse las cantidades que calificasen el gran *pro del mozo*, para rescindir las ventas de sus bienes que fuesen hechas en almoneda pública; pues en los arrendamientos de las rentas Reales habia á lo ménos término en que debian fenecer, y de consiguiente limitaban á este mismo término las pujas del quarto; pero en las ventas de los bienes raices de los menores, como son perpetuas, podrian los licitadores tomarse todo el tiempo que quisieren para rescindir aquel contrato, haciendo las mejoras que indican las citadas leyes; y vendria á estar el comprador siempre inquieto en su dominio y posesion, y expuesto á entregar los bienes comprados, en qualquiera tiempo que se hiciesen los tales mejoramientos, sufriendo las mas veces un costoso pleyto, pa-

para liquidar y recobrar las expensas que hubiere hecho.

59. Para ocurrir á tan notables inconvenientes, considerando que los menores no pueden ser tan recomendables en el punto de que se trata, me parecia que entretanto que se determine por ley el tiempo en que puedan hacerse pujas y mejoras sobre los bienes de los menores rematados en almoneda, ha de usar el Juez de un arbitrio prudente, admitiendo dichas mejoras, siendo próxîmas al remate, y dentro de aquel tiempo que considere oportuno, y que no resulte gran daño al comprador en volver los bienes y recoger su precio; pues si no se precaviese este temor, se retraerian los compradores, y vendria á resultar un daño general á los mismos menores.

60. Supuestos estos conocimientos, que tocan en lo general á las restituciones *in integrum*, podrán aplicarse con mejor discernimiento á la particular que corresponde á los menores para hacer su probanza, pasado el término de la ley.

61. Es cierto que en qualquier estado del juicio que venga daño al menor por su ligereza, ó por omision y culpa del guardador, de su defensor y Abogado, puede repararlo, pidiendo la restitucion *in integrum.*

62. Del que puede recibir en la omision de la prueba y de su enmienda tratan las leyes con especial discernimiento en todas las partes y tiempos de su restitucion. La *ley* 3. *tit.* 19. *Part.* 6. dice lo siguiente: "Conosciendo, »ó negando en juicio, el menor, ó su guardador, ó su »abogado, alguna cosa, porque menoscabase, ó perdiese »su derecho; ó dexando de poner defension, ó otra ra»zon, de que se pudiese aprovechar; puede demandar al »Juez, que torne el pleyto en el estado en que era an»te, é que non se le embargue su derecho por ninguna »de estas razones sobredichas; é el Juez dévelo facer."

63. La *ley* 8. *del propio tit. y Part.* confirma la decision antecedente en estos términos: "É esta restitucion »puede demandar en todo pleyto, ó conoscencia, que él

»oviese fecho á daño de sí, ó su guardador, ó su abo»gado."

4. Por la *ley 5. tit. 6. lib. 4. de la Recop.* se prohibe presentar y exâminar testigos en primera instancia, despues de publicados los recibidos en el término de la ley; y por limitacion de esta regla se añade, salvo por restitucion en caso que haya lugar de se conceder conforme á la *ley 3. tit. 8. de este libro.*

65. En esta *ley 3.*, á que se refiere la anterior, se dice lo siguiente: "Porque la experiencia ha mostrado quan»to daño se ha rescebido en hacer probanza por via de »restitucion despues de las probanzas publicadas, por la »sobornacion de testigos, y corrupcion; queriendo obviar »á la tal malicia, ordenamos, y mandamos que si qual»quiera de las partes pidiere en la primera instancia resti»tucion *in integrum* para hacer su probanza, por ser en »caso que haya lugar de pedir restitucion por alguna par»te, ó persona, ó Universidad, que tenga privilegio, ó »derecho para la pedir, que agora haya hecho probanza, »ó no, se le conceda, y otorgue, pidiéndola dentro de 15. »dias despues de la publicacion."

66. En las antecedentes disposiciones debe observarse lo primero, que aunque el menor para pedir restitucion del daño que padeció en los contratos, de que he hablado en el principio de este capítulo, debe probar precisamente dos cosas, que son el daño y la menor edad al tiempo en que lo recibió, queda relevado de la necesidad de probar daño alguno en la restitucion de hacer su probanza; pues consistiendo en ella toda la fuerza de la causa y el vencimiento favorable, segun se ha expuesto y demostrado en el cap. VIII. núm. 3., la omision de esta natural defensa, que es un hecho que consta del proceso, hace una prueba notoria del daño con que está amenazado el menor en aquella causa; pues si es actor, con solo no probar su intencion, la pierde, aunque el reo no proponga ni pruebe excepcion alguna; y si estuviese en esta clase el menor, queda á lo ménos muy expuesto á res-

responder de lo que se le demanda, probando el actor su intento; y como ignora las pruebas que hayan hecho en contrario en el término comun de la ley, solo le queda el auxîlio de executar las suyas que ha omitido en aquel término, usando de la restitucion despues de él.

67. Todas estas disposiciones, y los fundamentos en que se justifican, proceden sin reparo en el caso de no haber hecho el menor probanza alguna; pero habiendo executado la que estimáron conveniente sus defensores, parecia necesario que probase el menor, para obtener restitucion de ampliar la prueba, que la hecha no alcanzaba á probar plenamente su intencion, y que estaba expuesto á perder la causa si no la aumentaba; y este exâmen y conocimiento, aunque fuese instructivo y breve, traeria gravísimos inconvenientes por ser necesario, para estimar este incidente, cotejar los hechos de la prueba del menor con el mérito de la causa principal, descubriendo el Juez en su progreso el juicio que hacia de ella, ántes de llegar á la difinitiva; y aun entónces seria poco segura la decision en deferir á la restitucion, ó negarla; y en el conflicto del daño que podria sufrir el menor, si se excluyese la restitucion pedida, y el que podria traer la dilacion de la causa por admitirla, debe ocurrirse en qualquiera duda al primero, así porque toca á su natural defensa, como porque el juicio del Juez inferior acerca de estimar la probanza hecha por el menor en el término ordinario de la ley, no le pondria en seguridad de sus derechos; pues el Juez de la segunda y ulteriores instancias podrian dudar de aquella prueba, y apetecer otra mas completa que hubiera hecho el menor en uso de la restitucion pretendida, y no podria practicar en la segunda instancia, por ser relativa á los mismos artículos, ú otros derechamente contrarios, propuestos y comprehendidos en la prueba de la primera instancia.

68. Tambien tiene término señalado el menor para pedir esta restitucion, conviniendo en esto con la que corresponde á los contratos y prescripciones, de que se

ha tratado en los preliminares de este capítulo; pero el enunciado término, para usar de la restitucion en las probanzas, ha tenido alguna variacion, segun se percibe de las mismas leyes citadas.

69. En la 5. *del tit. 6. lib.* 4. se permite al menor usar de restitucion despues de publicados los testigos, sin determinar tiempo; y es consiguiente pudiera hacerlo hasta la sentencia difinitiva, y sin duda lo usáron así en inteligencia y observancia de la citada ley. Pero aquí no pudiéron ménos de tocar gravísimos inconvenientes, señaladamente el de sobornar y corromper los testigos que se presentaban á nombre del menor, tomándose para ello el largo tiempo que mediaba desde la publicacion hasta la sentencia, en cuyo intermedio se habrian instruido bien por el proceso de los dichos de los testigos presentados por las partes contrarias.

70. Para ocurrir á estos abusos que habia mostrado la experiencia, y se motivan expresamente en la citada *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4., se restringió aquel término indefinido desde la publicacion á la sentencia al preciso de 15. dias, *ibi*: "Pidiéndola dentro de quince dias despues de la »publicacion."

71. La desconfianza y los recelos de que no bastase la restriccion del término de los 15. dias, á contener la malicia de los que abusaban á nombre del menor del auxîlio de la restitucion para dilatar la causa, obligó á los Legisladores á precaverla con la pena que se debia imponer y exîgir, haciéndola depositar para la mas pronta execucion, en el caso de que no probase el menor los artículos que proponia.

72. El señalamiento de esta pena quedó al arbitrio de los Jueces que conocian de la causa; pero la necesidad de ella, y el depósito de la que determinase, era efecto de la misma ley. "Y que se le ponga pena segun bien »visto fuere á los del nuestro Consejo, ó al Presidente, y »Oidores, que conoscieren de la causa: y que no se res»ciba á prueba de tachas hasta pasados los dichos quin-

»ce

»ce dias; la qual dicha pena luego deposite el que así »pidiere la dicha restitucion:::: y no se depositando »luego la dicha pena, mandamos que no se resciban, ni »hayan efecto los autos porque se pone; y porque depo»sitándose mas ligeramente se puede executar contra los »que en ella cayeren."

73. Esta última parte de la disposicion no tiene uso en la práctica de los Tribunales. De los inferiores ya lo indicó Acevedo en la citada *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4. *n.* 42.; pero lo mismo sucede ahora en los Tribunales superiores. La razon que pudo mover á los Jueces para disimular la pena, y condescender sin ella á la restitucion, consiste en que por el miedo de la pena se contendrian los menores, y aventurarian su derecho por falta de prueba, quedando muy expuestos á que los testigos, de que se valiesen, variasen sus deposiciones, y quedasen sujetos á sufrir sin arbitrio la pena impuesta, convirtiéndose entónces esta precaucion para la malicia presunta en daño de la defensa natural, que es siempre muy recomendable, y mas particularmente en los menores que no pudiéron hacer por sí su prueba en el término comun de la ley.

74. Las pruebas de las segundas instancias, en los casos que ha lugar á ellas, conforme á lo dispuesto en las *leyes* 4. *y* 5. *tit.* 9. *lib.* 4., se hacen y observan con las mismas prevenciones para ocurrir á la malicia de los que piden restitucion, y aun se añade alguna otra en la citada *ley* 5. En su primera parte dispone, que de las nuevas excepciones opuestas en la segunda instancia, que no se pusiéron, ó no fuéron recibidas en la primera, las partes sean recibidas á prueba: que el término para las probar sea arbitrario, con tanto que no exceda del que fué dado en la primera instancia: que pasado, se conceda restitucion á la parte que la pidiere, si fuere de las que gozan de este beneficio, con tal que jure que no la pide por malicia, y que cree y entiende probar lo que así alega: que sea pedida dentro de 15. dias despues de la publicacion: que se le imponga pena; y que se le niegue otra restitucion. Tam-

75. Tambien se pusiéron límites á la restitucion que se pide para poner nuevas excepciones en primera instancia; pues teniendo señalados sus términos para las alegar y oponer, *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 4., si no lo hiciesen dentro de ellos, y pidiesen restitucion para oponerlas de nuevo, se les concede con tal que la pidan ántes de la conclusion para difinitiva. Este término indefinido entre la publicacion y conclusion para difinitiva es equivalente al que se permitia por la *ley* 5. *tit.* 6. *lib.* 4. despues de publicados los testigos, á fin de pedir restitucion para probar los menores; pero así como se restringió este término al de los 15. dias despues de la publicacion, tambien debe entenderse limitado á los mismos 15. dias para oponer nuevas excepciones, de que trata la citada *ley* 5. *tit.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.*

76. La uniformidad en la inteligencia de las dos leyes enunciadas se asegura mas, atendiendo á que fué uno mismo el Autor de ellas, y se estableciéron en las Cortes de Alcalá, Era de 1386.

77. El término que se concede al menor, para hacer su prueba por via de restitucion, es la mitad del que se dió primero para hacer la probanza principal; y la otra parte, aunque no sea menor, puede gozar del mismo término si quisiere, para hacer su probanza, segun y como lo puede hacer la parte á quien fuere otorgada la restitucion. *Ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4.

78. Estas dos particulares disposiciones relativas á la mitad del término, y á que pueda usar de él la otra parte, proceden sobre el sistema de los principios establecidos acerca de la restitucion *in integrum*, siendo el principal retrotraer al menor al tiempo anterior al daño recibido, fingiendo que estuvo siempre en aquel estado, libre y expedito para removerle; y en su conseqüencia se considera el menor dentro del término ordinario de la ley, y es indispensable ponerle en el oportuno y conveniente para que logre y pueda cumplir el fin de hacer su probanza; y con este objeto se le dispensa la mitad del tér-

término que se dió conforme á la ley, y como por efecto de la misma ficcion vuelve el menor á estar en el término comun, del qual podrian usar las otras partes, si realmente no se hubiera cumplido el señalado por la ley, el mismo influxo y efecto ha de causar la ficcion. Gom. *in leg. 9. Taur. n.* 60. Gutierr. *Practicar. lib.* 1. *cap.* 122. *n.* 1. *vers. Sed his non obstant.* Barbos. *in leg.* 19. *ff. de Judiciis n.* 102. Vela *dissert.* 27. *n.* 9.

79. En la enunciada *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4., y en las demas que tratan de la restitucion y van citadas, se dispone, que en la misma sentencia que se le otorgare, se le deniegue otra restitucion. Esta parte se justifica, y procede del mismo sistema y principio de reducirse el efecto de la restitucion al de la ficcion retrotractiva, y es consiguiente que no se puedan verificar dos procedentes de una misma causa, y dirigidas á un propio objeto. Vela *dissert.* 31. *n.* 20. ibi: *Duplex namque fictio ex eodem fonte circa idem proveniens, jure non admittitur.* Menochio *de Præsumpt. lib.* 1. *q.* 8. *n.* 23. *y* 24.

80. Si pasado el término ordinario de la prueba, que es el supuesto que da entrada á la restitucion *in integrum*, cumpliese el menor los 25. años, dudan algunos si podrá pedirla. Acevedo en la *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4. dice, que cumpliendo los 25. años ántes de la publicacion de probanzas, si despues fuese hecha con toda la solemnidad debida, no tiene lugar la restitucion; pero cumpliéndolos despues de la publicacion y dentro de los 15. dias que concede la ley á los menores para pedirla, que tiene lugar, y concluye diciendo: *Et placet mihi hæc concordia, et distinctio.*

81. Los fundamentos y razones que indica, para probar la enunciada doctrina, son tan débiles y contrarios á las leyes que dan regla en este punto de restitucion *in integrum*, que el mismo Acevedo poco satisfecho de su sentir vacila, y al parecer se inclina á que en uno y otro caso podrá pedir la restitucion, concluyendo al fin, dexando indeciso el asunto. *De quo tamen cogitandum relinquo,*

quo, nam et afflictis ubi supra, indecissum hunc casum reliquit.

82. Á la verdad yo no hallo términos para la duda propuesta, porque las leyes apetecen de necesidad dos partes para que tenga lugar la restitucion. La una, que efectivamente haya daño capaz de inclinar la equidad del Juez por la entidad y circunstancias que ya se han explicado en este capítulo. La segunda, que se haya experimentado este daño en tiempo de la menor edad por su debilidad, ó por culpa ó malicia de los tutores, defensores y Abogados, como tambien queda fundado. Estos dos extremos se hallan plenamente calificados en el caso propuesto, porque el daño consiste en no haber probado en el término ordinario de la ley, hallándose entónces en la menor edad. Esta qualidad no es necesaria al tiempo de pedir la restitucion, porque en los contratos, ó prescripciones reclaman el daño por el auxîlio de la restitucion, quando ya son mayores de edad, haciéndolo dentro de los quatro años, que conceden las leyes para usar de este remedio.

83. En los juicios que toman el concepto de quasi contratos, procede la propia regla, sin otra diferencia que la accidental de ser mas limitado el término, que en el artículo indicado de las probanzas señala la ley para pedir la restitucion, y es el de 15. dias despues de publicadas; pero no puede dudarse, que acabado el término ordinario, y sin esperar la publicacion, puede reclamarse el daño de no haber probado; pues los 15. dias despues de la publicacion se ponen para detener y excluir el uso de este beneficio, pero no como término en que haya de empezar.

84. Mayor duda podia concebirse en el mismo caso propuesto, quando entrase el menor en la mayor edad, pendiente el término ordinario de la ley, pues teniendo el suficiente para hacer su probanza, si la omitiese, y por esta razon sufriese daño, no podria alegar que lo habia padecido siendo menor, que es una de las partes esenciales

les que deben concurrir para impetrar la restitucion; y solo tendrá lugar, si el término que faltaba que correr al ordinario de la ley, quando cumplió el menor los 25. años, no fuese bastante para hacer su prueba; pues entónces se verificará, que el daño de su omision procedió del tiempo de su menor edad.

85. Si muriese en ella, y el heredero ó sucesor fuese mayor de edad, podrá usar del mismo auxîlio de la restitucion que competia al menor. *Ley* 8. *tit.* 19. *Part.* 6. "E esta restitucion puede demandar en todo pleyto, ó »conoscencia quel oviese fecho á daño de sí, ó su guar»dador, ó su abogado. E tál demanda como esta puede »facer el menor en todo el tiempo fasta que sea de edad »cumplida de 25. años; é aun en quatro años despues »deso: é non solamente puede el menor facer demanda »fasta este tiempo, mas aun sus herederos." *Leg.* 6. *ff. de In integrum restitut. Leg.* 18. §. *ult. ff. de Minorib.* 25. *an.* Molin. *de Just. et jur. tract.* 2. *disput.* 573. *n.* 18. Gom. *Var. tom.* 2. *cap.* 14. *n.* 6. Ayllon *in dict. num. cum aliis ibi relatis.* Aunque parece personal del menor este beneficio, y es por otra parte efecto de una ficcion retrotractiva y singularísima, que debe restringirse sin admitir extension de una persona á otra, ni de caso á caso, como abraza un interes real efectivo, hace mixto el remedio de la restitucion, y de consiguiente traslativo con la herencia á los sucesores del menor.

86. En el caso opuesto al antecedente próxîmo, de ser el menor heredero del mayor de edad, que muriese pendiente el pleyto en el estado de prueba dentro del término ordinario de la ley, ó despues ántes de la publicacion, ó en los 15. dias siguientes á ella, se podrá dudar si el menor gozará por su persona del beneficio de la restitucion para probar en el caso de no haberlo hecho su antecesor, ó para ampliar la probanza.

87. Esta duda se resuelve por los mismos principios indicados, pues si el menor sucediese al mayor estando pendiente el término de prueba, y en estado de poder

hacer la suya el difunto, si hubiese continuado la instancia, lo mismo podia hacer el menor que le sucedió, y omitiendo esta diligencia, resultará haberle venido el daño por no haber probado en tiempo competente en que era menor; y concurriendo entónces las dos partes que se han considerado necesarias por las leyes, para que tenga lugar la restitucion, se le debe conceder, si la pide dentro de los 15. dias despues de la publicacion.

88. Pero si el menor sucede al difunto en tiempo que el pleyto estaba recibido á prueba con el término ordinario, siendo este pasado no podrá usar del auxîlio de la restitucion, porque el daño de no haber probado no le viene de la debilidad de su menor edad, ni le padeció en ella; y el vicio ó defecto de no haber probado el que seguia el pleyto, siendo mayor se traslada al heredero, así como sucede en las ventajas que aquel tenia adquiridas por su diligencia, ó por otra qualquiera causa.

89. Con estos conocimientos, que abrazan los dos tiempos de que se haya hecho la probanza en el término ordinario de la ley, ó fuera de él en el intermedio de la publicacion, ó en los 15. dias despues de ella, se percibirán con la debida claridad los efectos y fines de la publicacion de probanzas, y el tiempo y solemnidad con que debe pedirse y hacerse, de que se tratará separadamente en el capítulo próxîmo.

CAPÍTULO X.

De la publicacion de probanzas.

1. Quando se trata de un punto en que las leyes del Reyno no disponen con la deseada claridad todo lo conveniente, seria menester que supliesen los Autores este defecto, discurriendo y deduciendo del espíritu de ellas los conocimientos que han menester con precision los Abogados y los Jueces. Pero en la publicacion de proban-

banzas, aunque nuestras leyes omiten cosas muy substanciales, y suponen otras, en medio de que disponen oportunamente algunas, los Autores tampoco las profundizan, sino que pasando ligeramente por la corteza de ellas, no suministran á Abogados y Jueces la instruccion que en esta parte necesitan.

2. En efecto, si desean saber en que tiempo han de pedir y mandar hacer la publicacion de probanzas, no hallarán en las leyes, ni en los Autores disposiciones claras, ni observaciones fundadas, que aseguren cumplidamente el acierto de sus resoluciones. Porque dos tiempos señalan para esto las leyes: Uno, el que se ha concedido para hacer probanzas, en cuyo espacio no permiten pedir su publicacion; y otro, que empieza pasado dicho término, el qual consideran útil para pedir, y mandar hacer publicacion de las probanzas; pero no ponen límites, ni señalan el en que haya de acabar la facultad de pedirla en las partes, y la de mandarla hacer en los Jueces.

3. La *ley* 39. *tit.* 1. *lib.* 3. manda, que los Procuradores no pidan publicacion sin ser pasado el término, sopena que la publicacion sea ninguna, y pague tres reales para los Estrados.

4. La *ley* 10. *tit.* 6. *lib.* 4. permite, que el Procurador pasado el término probatorio pueda pedir, si hay probanza, que se haga publicacion de ella; y al fin de la misma ley repite, que quando se pidiere publicacion, y la otra parte respondiere que dura el término, que no se haga hasta que sea pasado.

5. La *ley* 3. *tit.* 10. *del mismo libro* trata del modo de proceder en las causas criminales por ausencia y rebeldía de los reos, y dispone, entre otras cosas, que la causa se reciba á prueba por el término que fuere señalado, y que dentro de él se reciban y exâminen los testigos, y que pasados los dichos dias se presenten las probanzas en el proceso, y se haga publicacion en la causa.

6. La *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3. dispone, que el Juzgador, recibidos los dichos de los testigos, y pasados los

plazos de que ya habia hablado, que son los de la prueba que señala la *ley 33. del mismo título y Partida*, "deve »llamar las partes, é señalarles dia á que vengan á oir »lo que dixeron los testigos. E si por aventura alguna »de las partes fuese rebelde, é non quisiese venir; por eso »non deve el Judgador dexar de publicar los dichos de »los testigos, si la otra parte que fué obediente lo de»mandare."

7. La *ley* 11. *tit.* 17. *Part.* 3. dispone que hecha la pesquisa, "dar deve el Rey, ó los Judgadores, traslado »della á aquellos á quien tanxere la pesquisa, de los nom»bres de los testigos, é de los dichos dellos:" que es una publicacion efectiva de las probanzas hechas en la pesquisa, y para los mismos fines que explican generalmente las leyes en toda especie de causas.

8. Todas las que se han referido convienen en quatro puntos. El primero, que pendiente el término de prueba no se puede pedir, ni hacer publicacion de probanzas. El segundo, que pasado dicho término se puede pedir, y mandar hacer. Tercero, que todas omiten señalar término, dentro del que hayan de pedir la publicacion, y que pasado no sean oidas las partes que la pidieren. Quarto, que tambien omiten declarar, si en el caso de no pedir las partes la publicacion, puede ó debe el Juez mandarla hacer de oficio; y estos son los artículos omitidos en las leyes, y en los Autores que yo he leído con diligencia y cuidado.

9. Iguales omisiones de cosas esenciales y necesarias se advierten en otras leyes, tratando de asuntos importantes; y se supliéron y enmendáron luego que la experiencia fué mostrando los inconvenientes y perjuicios que traían.

10. De la puja del quarto que se permitió hacer en los arrendamientos de rentas Reales, aunque estuviesen rematadas de último remate, trató la *ley* 5. *tit.* 13. *lib.* 9. *de la Recop.*; omitiendo señalar el tiempo en que podia y debia hacerse dicha puja; pero el mismo Autor de la

ley

ley enmendó este defecto en la *6. del propio tit. y libro*, señalando el de 90. dias, contados desde el último remate; y que pasados no se admitiese puja alguna, aunque fuese la del quarto.

11. La *ley 5. tit. 19. Part. 6.* y la *7. §. 8. ff. de Minorib. 25. an.* conceden al menor el beneficio de la restitucion despues de celebrado el remate de sus bienes en almoneda pública, quando ofrece otro mucho mayor precio, *que es gran pro del mozo*; y como no señalan dichas leyes el tiempo en que se deba usar de este ofrecimiento, ni se ha determinado este punto en otra alguna ley posterior, fué cosa muy prudente considerar en el Juez, que conoció en la almoneda, un arbitrio y facultad juiciosa para admitir, ó repeler el mayor ofrecimiento que se hiciese á beneficio del menor, atendidas con reflexîon las circunstancias de la dilacion con que se hubiere hecho la mejora de gran cantidad, el beneficio que de ella resultaria al menor, y el daño que sufriria el comprador, así por tener incierto su dominio mucho tiempo, sin atreverse á mejorar los bienes comprados, como por las dificultades y gastos que ocurririan en liquidar las mejoras que hubiese executado, con lo demas que advertí en el capítulo IX.

12. Por los mismos fundamentos parecia, que la razon y la equidad dictaban que se fixara algun término que empezase á correr acabado el de la prueba, para que dentro de él pidiesen las partes la publicacion de probanzas; y que pasado sin haberlo hecho, la pudiera mandar hacer el Juez de oficio, á fin de dar curso á los pleytos con la brevedad que conviene, y está prevenida en las Leyes y en los Cánones, á no ser que no hayan considerado necesario este estimulo en las partes que litigan: porque como cada una de ellas puede pedir la publicacion de testigos sin diferencia entre el actor y el reo, no es de temer que se dilate el pleyto en este artículo por malicia, ni con daño de alguno de los interesados; pues está en su mano solicitar la publicacion, y no se puede de-

te-

tener, haciéndolo despues del término de prueba, por ninguna contradiccion, ni rebeldía de las partes contrarias.

13. Y si ninguna de las partes solicitase la publicacion, es visto que proceden de un acuerdo y conformidad en dexar el pleyto en aquel estado, para continuarle, ó abandonarle por justas consideraciones que las inclinen á este medio, sin que tenga entónces el Juez facultad para obligarlas á que le continúen; pues en tal caso faltaba el motivo de la brevedad á beneficio de los interesados, y mas bien seria ponerlos en necesidad de sufrir mayores gastos, fomentando las discordias que las mismas partes habian terminado ó suspendido de conformidad.

14. Sin duda que se fundó en estas razones, ó en otras superiores la *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3., en la qual se dispone: Que recibidos los dichos de los testigos, y pasados los plazos de la prueba, "deve el Judgador llamar »las partes, é señalarles dia á que vengan á oir lo que »dixéron los testigos. É si por aventura alguna de las »partes fuese rebelde, é non quisiese venir; por eso non »deve el Judgador dexar de publicar los dichos de los »testigos, si la otra parte que fué obediente lo de»mandare."

15. En la primera parte de esta ley parece que se concede al Juzgador grande autoridad, y aun se le impone obligacion de dar curso al pleyto, llamando de oficio las partes, y señalando dia para oir lo que dixéron los testigos, que es substancialmente publicarlos, excitando á las mismas partes, sin esperar á que lo hiciesen en uso de su accion.

16. Pero en la última parte de la ley se dispone claramente, que no pueda el Juzgador publicar los dichos de los testigos, si alguna de las partes no lo demandare.

17. La *ley* 11. *tit.* 17. *Part.* 3. dispone, que siendo hecha la pesquisa en qualquier de las maneras que se di-

xo en la *ley* 1. *del propio tit. y Part.*, debe el Rey, ó los Juzgadores dar traslado de ella á aquellos, á quien tocare, de los nombres de los testigos, é de los dichos de ellos, para que se puedan defender de su derecho, diciendo contra las personas de la pesquisa en los dichos de ellos; y hayan todas las defensiones que habrian contra otros testigos.

18. Por lo literal de esta ley parece cierto que el Rey, ó el Juez de la pesquisa, puede y debe manifestarla de oficio para los fines y defensas que se explican en ella, sin esperar á que se promueva y pida su publicacion por las partes; pero debe observarse, que en las dos maneras de hacer pesquisas, de que habla la citada *ley* 1., siempre hay parte que estimula al Juez á que continúe la causa. Tal es la fama pública y la sindicacion que resulta, y se halla justificada en bastante forma por la informacion de la pesquisa contra muchos ó contra alguno, que debiendo tenerse por reos, es necesario dar satisfaccion á la vindicta pública, que clama incesantemente al Juez para que continúe la causa segun su estado y naturaleza; y es lo mismo que si dixera, que pide publicacion de los testigos del sumario, para que los reos á quienes toca puedan hacer sus defensas; concluyéndose por estos principios, que en estas dos maneras de pesquisa siempre hay parte que pide la publicacion de los testigos, y la comunicacion de sus nombres y de sus dichos á todos los que se interesan en hacer su defensa con el conocimiento que corresponde.

19. La tercera manera de pesquisa, de que habla la citada *ley* 1., es quando las partes se avienen, queriendo que el Rey, ó aquel que el pleyto ha de juzgar, mande hacer la pesquisa, y en ella tienen mas influxo las partes que el mismo Juez; pues aviniéndose en que se libre el pleyto por la pesquisa, sin que sean mostrados los testigos, ni los dichos de ellos, no debe el Juez publicarlos; pero bien podrá librar el pleyto por sus dichos, siguiendo la avenencia de las mismas partes, que es lo mis-

mismo que si estas dixesen, que renuncian qualquiera defensa que pudieran hacer, tachando las personas de los testigos, ó sus dichos.

20. De aquí podria excitarse otra duda, reducida á si en las causas civiles y ordinarias, de las quales se trata principalmente en este capítulo, aunque no se haga publicacion de probanzas, porque las partes no la pidan, y el Juzgador no pueda hacerlas de oficio, segun se ha fundado, podrá sin embargo el Juez proceder á dar sentencia, y que efectos producirá.

21. Quando alguna de las partes pide publicacion de testigos, y el Juez la niega en auto positivo y separado, ofende su derecho, y le hace notorio agravio, privándole de aquella instruccion que le conceden las leyes, y con que podria mejorar sus alegaciones y defensas; y por este notable perjuicio que le irroga, es apelable dicho auto, aunque sea interlocutorio, como se deduce de la *ley* 3. *tit.* 18. *lib.* 4., y lo comprueba abiertamente Salg. *de Reg. protection. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 158.

22. Pero si no apelase del enunciado auto, se entiende que lo consiente la parte, porque la publicacion corresponde en la opinion mas probable al órden de la justicia, que puede renunciar y consentir, y no toca á lo substancial del juicio, como lo explica el mismo Salgado con otros que refiere en el citado *cap.* 1. *part.* 2. *n.* 158.

23. En su conseqüencia podrá el Juez, faltando la apelacion de las partes, dar sentencia difinitiva: porque el defecto de apelacion induce consentimiento y una especie de avenencia en ellas, para que sin publicar los testigos pueda determinar la causa, del mismo modo que se dispone en la *ley* 1. *tit.* 17. *Part.* 3.

24. Si en el mismo caso propuesto de que pida alguna de las partes publicacion, omitiese el Juez deferir á ella, ó negarla, procediendo á dar sentencia definitiva, este procedimiento contiene el mismo agravio indicado, y es necesario que se repare por medio de la apelacion, porque en su defecto se entiende consentida la

sen-

sentencia, y pasará en autoridad de cosa juzgada.

25. El tercer caso es quando las partes, pasado el término de la prueba, no han pedido su publicacion, y el Juez procede á dar su sentencia, privando con ella á los litigantes de la facultad que tenian de pedir en el tiempo que juzgasen oportuno la publicacion de testigos, y de alegar lo conveniente contra sus personas ó dichos; y como en este procedimiento del Juez se incluye una tácita denegacion de la publicacion que podian pedir las partes, es equivalente este caso al anterior, y pide el mismo remedio de la apelacion.

26. Por efecto de ella revoca el Juez superior el auto en que se negó la publicacion, y la manda hacer devolviendo los autos, para que en su vista usen las partes de su derecho, proponiendo tachas á los testigos ó á sus dichos, que son los fines á que se dirige su publicacion, y expresan las leyes citadas.

27. Si la apelacion se interpuso de la sentencia difinitiva que dió el Juez, omitiendo deferir á la publicacion pedida por alguna de las partes, ó por no haberla pedido, que son los dos casos propuestos, el Juez superior declara nula la sentencia, y á mayor abundamiento la revoca como notoriamente injusta, y reponiendo la causa al estado que tenian los autos al tiempo en que estaba pedida, ó podia pedirse la publicacion, se devuelven para los mismos fines insinuados.

28. La *ley* 10. *tit.* 6. *lib.* 4. señala la forma de llegar á la publicacion, reducida á que alguna de las partes pida que se comunique traslado á la otra: que se acuse la rebeldía, sino respondiere en el término que se le concede; y que con sola esta rebeldía se mande hacer la publicacion de los testigos.

29. La misma enunciada ley ofrece alguna margen para dudar de esta fórmula sencilla, observada generalmente en los Tribunales; pues refiere y manda: "Que "quando el Procurador diere peticion que si ay pro»banza se haga publicacion, y si no, se aya el pleyto

»por concluso; que dándose traslado de esta peticion, y »acusándole otra Audiencia la rebeldía, no diciendo nada »la otra parte, se declare que el pleyto quede concluso."

30. Es menester observar en el contexto de esta ley, que si el Procurador pidiere las dos cosas, esto es, que se haga publicacion si hay probanza, ó que se tenga el pleyto por concluso si no la hay, se determina y reduce la declaracion á la segunda parte de que el pleyto quede concluso; pero esto debe entenderse en el supuesto de que no hubiese probanza por ninguna de las partes; pues habiéndola, se manda hacer publicacion, y no tiene lugar entónces la conclusion del pleyto.

31. El fin principal de esta ley fué acordar los medios de cortar dilaciones, y abreviar los pleytos, como se manifiesta en su principio: "Porque los pleytos se abre- »vien, y cesen las dilaciones en ellos." Para lograr este importante fin dispone que con sola una rebeldía se concluya: "Acusándole otra Audiencia la rebeldía, no di- »ciendo nada la otra parte, se declare que el pleyto que- »de concluso."

32. Ya estaba dispuesto en la ley anterior próxîma, que con dos escritos que presentase cada parte quedase el pleyto concluso; y consiguiente á este intento se estableció en la ley siguiente otro medio de que se concluyese en los pleytos con una sola rebeldía. Á este intento aplicó la ley todo su cuidado, haciendo supuesto de que no se hubiese hecho prueba; pues la parte que pedia publicacion, en caso de haber probanza, indicaba no haberla hecho por sí, y lo mismo se infiere con respecto á la otra que, acusada la rebeldía, nada dixo en el término en que debia hacerlo.

33. Mayor duda puede concebirse en otra disposicion que contiene la misma ley hácia el fin, á saber: "Que quando la una parte presentare su probanza, y la »otra concluyere sin embargo de ella por peticion; en »este caso queda el pleyto por concluso; y así se pro- »vea, y mande."

En

34. En esta parte sigue la ley el mismo próposito de tener el pleyto por concluso con una sola rebeldía, aunque las otras partes no concluyan; y supone que con haber presentado la una su probanza, y comunicádose á la otra, estaba hecha la efectiva publicacion; y que no teniendo que decir contra los testigos, ni sus dichos, concluya sin embargo la probanza, dándose con esto fin al pleyto, y evitando mas traslados y dilaciones.

35. La publicacion de probanzas se dirige á tres fines, en que se interesa la natural defensa de las partes: el primero es, que se instruyan de si han probado bien su intencion en lo que demandan ó excepcionan: el segundo, que se propongan los defectos que hallasen en las personas de los testigos, que puedan influir en derogar ó debilitar su fe; y el tercero, que concluyendo sus dichos manifiesten su contradiccion de hecho, y puedan probar su falsedad por los medios que permiten las leyes. *Ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3. *ley* 11. *tit.* 17. *de la misma Part.*

36. Los Abogados, en cumplimiento de su oficio, deben tomar las defensas de las partes, y manifestar su justicia, sin que puedan excusarse de este cargo, pues se interesa en él la causa pública. De consiguiente pueden ser apremiados de oficio por el Juez á que admitan y tomen á su cuidado la defensa de los pleytos; pero deben hacerla con la buena fe y rectitud que corresponde, prestando su auxîlio á la parte que defienden, en lo que entendieren que es justo, sin molestar con maliciosas dilaciones, ni fraudes á las contrarias.

37. Para que así lo cumplan, se ligan quando reciben sus oficios con el juramento general que indican las leyes, y ademas se les puede exîgir en qualquier estado del pleyto, y deben hacerlo sin excusa ni dilacion.

38. Admitida la defensa de alguna causa, estan obligados á continuarla hasta que lleguen á entender que no es justa; y á fin de asegurarse de este concepto, deben tomar razon de los hechos que refieran las partes, ántes

de entrar en el pleyto, y si no los probasen, estan en obligacion los Abogados de manifestarles que no tienen justicia, para que se aparten de su seguimiento, y ellos mismos deben hacerlo, y no continuar en su defensa.

39. Esto es lo que repiten con estrecho encargo las *leyes* 1. 12. *y* 13. *tit.* 19. *lib.* 2. *del Ordenam. Real*, las 2. 14. *y* 22. *tit* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* y la 13. *tit.* 6. *Part.* 3.; y como de las probanzas ha de resultar el dictámen que formen los Abogados acerca de la justicia del pleyto, sirve su publicacion para este importante fin.

40. Poner tachas á los testigos es decir que tienen defectos que excluyen ó disminuyen su fe, de manera que no deben ser creidos, ó á lo ménos hacen dudar de su verdad. Estos vicios vienen de varias causas, y tiene gran parte en su graduacion el arbitrio del Juez, como se refiere en diferentes leyes, señaladamente en la 8. y siguientes *tit.* 16. *Part.* 3., en la 2. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.* y en la 3. con todos sus capítulos. *ff. de Testib.*

41. Para ocurrir á la malicia con que muchas veces se ponian tachas generales á los testigos, impidiendo á la otra parte su justa defensa en la prueba con que podria convencer la falsedad de los defectos que se imputaban á los suyos, se ordenó en la *ley* 2. *tit.* 8. *lib.* 4. "Que no sean recibidas tachas generales, salvo aquellas »que singularmente fueren especificadas, y bien declaradas" ; y para no dexar duda en la forma con que debian proponerse, refiere algunos exemplares diciendo. "Que si »pusieren contra el testigo que es descomulgado, declaren si es excomunion mayor, y quién lo descomulgó, y »por qué razon, y en qué tiempo, y lugar; y si dixere que »dixo falso testimonio declare en qué tiempo, y en qual »pleyto; y si dixere que es perjuro, declare en qué caso »y lugar, y tiempo, y por qual razon; y si dixere que »es homicida, declare á quién mató á tuerto, y en qué »tiempo, y lugar; y así declare, y especifique todas las »otras tachas, que el fuero pone contra los testigos.

42. En esta especificacion que requiere la ley, para que

que las tachas sean admitidas, no hay singularidad alguna, porque lo mismo se apetece en toda demanda, ya sea de cosa mueble, ó ya de inmueble, como se dispone en las *leyes* 15. *y* 25. *tit.* 2. *Part.* 3. y en la 4. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.*

43. Dos observaciones conviene hacer sobre lo que disponen las leyes acerca de poner tachas á los testigos despues de la publicacion. Consiste la primera en que presentado y admitido el interrogatorio, se manda que al tenor de las preguntas que contiene, sean exâminados, y declaren los testigos que presentare la parte con citacion de las contrarias.

44. En esta citacion se incluye: "Que el Judgador »deve recebir la jura de los testigos, ante que aya su »testimonio: que esta jura deve tomar, seyendo la parte »delante contra quien son aduchos, faciendogelo ante »saber, é señalándole el dia á que venga ver como »juran." Esta es la disposicion literal de la *ley* 23. *tit.* 16. »*Part.* 3. Si la parte citada compareciere á este acto, podrá conocer los testigos, su calidad y defectos, y manifestarlos con direccion á su repulsa, ó á indicar á lo ménos que no aprueba su persona y calidad; pues no haciéndolo así, parece que los tiene por idóneos, y que no podrá despues impugnarlos.

45. Instruida la parte que los presenta de las excepciones y tachas que ponen á sus testigos ántes de recibir sus dichos, podria presentar otros, y excusarse de sufrir las dilaciones y contingencias de que se estimasen y declarasen despues de su publicacion por legítimas las tachas indicadas, y quedase sin efecto su probanza; y ocurriendo á este daño, sin entrar en las discusiones de nuevas pruebas acerca de los defectos de sus testigos, se evitaria tambien que aquellas diligencias judiciales quedasen ilusorias, y que quando las leyes estrechan sus disposiciones por todos los medios posibles, para que los pleytos se abrevien, se convierta en dilatarlos el silencio de la parte contraria, que pudo y debió manifestar lo que en-

ten-

tendia acerca de los testigos presentados.

46. Si la parte, que fué excitada para ver jurar y presentar los testigos, es rebelde, y no quiere comparecer, induce con superior razon su consentimiento acerca de la aprobacion é idoneidad de los testigos, y no podrá impugnarlos despues.

47. Si lo hiciese ántes de la publicacion, seria mas autorizada y sencilla la intencion del que propone las tachas, presumiéndose que usaba de este medio como necesario á su natural defensa; pero despues de publicados sus dichos, y viendo que son contrarios á su intencion, es fácil excitarse maliciosamente á buscar y proponer tachas contra ellos, valiéndose de otros que por sobornos ú otros medios ilícitos prueben las tachas propuestas.

48. Pasado el término de prueba, y hecha su publicacion, no pueden las partes probar su intencion en la primera instancia, y aun en las ulteriores sobre los mismos artículos, ú otros derechamente contrarios, *ley 5. tit. 6.* y la 4. *tit. 9. lib. 4. de la Recop.*; y viene á quedar indefensa, quando acaso hubiera probado su justicia con otros testigos libres de toda sospecha, (en cuyo concepto tendria los que habia presentado) si la parte contraria se la hubiera indicado ó propuesto al tiempo en que los vió presentar y jurar.

49. Esta doctrina está calificada en las Leyes y en los Cánones, como fundada en las razones sólidas que van expuestas. La *ley 11. tit. 3. Part. 3.* supone que los demandados pueden proponer sus defensas, no solo ántes que el pleyto sea comenzado por respuesta, de que habla la ley anterior, mas aun despues. "É esto seria quan-
»do aduxesen á alguno por testigo contra el demandado,
»para provarle aquello quel demandaban en juicio, é él
»pusiese defension contra el testigo, que non deve ser
»recibido su testimonio, porque non era de dar, ó por-
»que era siervo."

50. Lo mismo sucede en las otras defensiones semejantes, comprehendiéndose todas con entera unifor-

mi-

midad en la disposicion que refiere la misma ley en las siguientes palabras. "Ca atales defensiones como estas, ó »otras semejantes dellas, dévelas caber el Judgador, é »non deve ir adelante por el pleyto principal, fasta que »dé sentencia sobre ellas. É á estas defensiones, é á las »otras que de suso fablamos, en la ley que comienza: »Conoscen." Y al fin concluye así. "É son de tal natura, »que las pueden las partes poner, ante que el pleyto sea »comenzado por respuesta, é aun despues, fasta que ven»ga el tiempo, en que quieran dar el juicio."

51. En los mismos términos y con mayor expresion procede el *cap.* 31. *de Testib.*, el qual establece por regla, que publicados los testigos no es libre á las partes poner tachas á sus personas. Á esta regla señala tres limitaciones: Una, quando al tiempo en que se presentáron y juráron los testigos, ó en qualquiera otro ántes de la publicacion, hubiese protestado la parte, que tenia que decir contra los testigos presentados por la contraria: otra, que hecha la publicacion jurasen, que no ponian las tachas por malicia; y la tercera, si probasen haber venido á su noticia los defectos de los testigos despues de publicados.

52. Las dos enunciadas disposiciones de la ley y del capítulo Canónico citados conceden entera libertad para poner tachas á los testigos ántes de su publicacion; pero la coartan para hacerlo despues, pues imponen á la parte que lo intente la obligacion de jurar y probar los hechos en que se fundan las tres excepciones ó limitaciones referidas.

53. Alguna variacion hiciéron las leyes posteriores acerca de lo establecido en las de Partida y en el Derecho Canónico sobre algunos artículos. Quales sean, y si ellos han mejorado el interes de la causa pública, el de las partes, y la mayor seguridad en la administracion de justicia, se manifestará con una sencilla y exâcta combinacion de las mismas leyes.

54. En la 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.* se manda: "Que »hecha la publicacion de los testigos en qualquier de las »ins-

»instancias, cada una de las partes, que quisiere decir »su intencion de bien probado, ó tachar, ó contradecir »en dichos, ó en personas los testigos, y probanzas, que la »otra parte hubiere presentado, lo diga, y alegue dentro »de seis dias despues de hecha la publicacion, y noti»ficada á la parte, ó á su Procurador, y no dende en ade»lante."

55. La *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 3. *del Ordenamiento* conviene con la antecedente, á excepcion de que esta señala por término perentorio, despues de la publicacion, para contradecir y tachar los testigos que quisieren las partes, así en dichos como en personas, el espacio de ocho dias, viniendo á ser dos dias la diferencia única en el término que prefixan estas dos leyes para dicho efecto.

56. No excluyen las dos expresadas leyes facultad en las partes para poner tachas á las personas de los testigos al tiempo en que se presentan y juran, y ántes de la publicacion de probanzas; ántes bien convienen en esto con la enunciada *ley* 11. *tit.* 3. *Part.* 3. y con el *cap.* 31. *de Testib.*

57. Tambien permiten las dos referidas leyes que, publicados los dichos de los testigos, puedan las partes poner tachas á sus personas; en cuyo artículo están igualmente conformes con la citada ley de Partida, que las concede la misma facultad de que puedan poner tachas hasta la conclusion de la causa, que es quando tiene estado para dar sentencia; y esto es lo que demuestra la última disposicion de la ley en la forma siguiente: "É son de tal na»tura, que las pueden las partes poner, ante que el pleyto »sea comenzado por respuesta, é aun despues, fasta que »venga el tiempo, en que quieran dar el juicio:" sin que se halle expresion alguna, que prohiba poner tachas á las personas de los testigos despues de su publicacion.

58. Convienen asimismo estas leyes, en el artículo de que se puedan poner tachas á los testigos despues de publicados, con el citado *cap.* 31. *de Testib.*; y solo se diferencian en que para hacerla en este caso segun la disposi-

sicion Canónica, ha de preceder alguna de las tres condiciones que señala; y son, que al tiempo en que se presentan y juran los testigos, protesten las partes poner tachas á sus personas, y juren que no las ponen de malicia, ó prueben que viniéron á su noticia despues de la publicacion.

59. La enunciada *ley* 11. *tit.* 3. *Part.* 3. hacia suspender el curso del pleyto principal, quando se ponian tachas á los testigos al tiempo de presentarse y jurarse: porque pareciendo al Juzgador tales que debiesen admitirse, las recibia á prueba, y daba sentencia sobre ellas; y despues corria el pleyto principal.

60. En esta ley no se habla de las excepciones y tachas que pueden ponerse á los dichos de los testigos. Lo mismo sucede en el *cap.* 31. *de Testib.*; pues se supone que no han hecho sus declaraciones, ni se han comunicado á las partes despues de su publicacion.

61. La *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3. refiere el tiempo y formalidades con que debe hacerse la publicacion de testigos, y despues de ella dice: Que se debe dar traslado de sus dichos á las partes, para el fin, entre otros, de probar con distintos testigos, que aquello que atestiguáron los primeros contra él, fué mentira, ó que lo declaráron por interes que les diéron, ó que les prometiéron dar; y esta particular disposicion, que es relativa á los dichos de los testigos despues de publicados, confirma que la citada *ley* 11. *tit.* 3. *Part.* 3. habló solamente de sus personas, y de las tachas que les podian poner las partes ántes de sus declaraciones; y acredita tambien, que deben recibirse á prueba las tachas que se ponen á los dichos de los testigos.

62. De aquí resultaria, que proponiendo las partes sus tachas ó excepciones á los dichos de los testigos despues de publicados, ya fuese libremente conforme á la letra de la *ley* 11., ó con las precauciones que contiene el citado *cap.* 31., era preciso recibirlas á prueba con término competente; y se verificarian dos probanzas sobre

bre tachas, una respectiva á la de los testigos, y otra á la de sus dichos, dilatando los pleytos con gran daño del público y de las partes.

63. La enunciada *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.* enmendó estos perjuicios, disponiendo reservar la prueba para comprehender unidamente las tachas de los testigos y las de sus dichos despues de publicados; pues aunque tachen ántes de este tiempo las personas de los testigos, no se suspende el pleyto principal, ni se reciben á prueba, reservando hacerlo en el oportuno despues de la publicacion.

64. Y aun en este tiempo y caso concurre otra circunstancia de gran momento á favor de esta última disposicion, y es que no se da sentencia sobre las tachas que se ponen á los testigos, ni á sus dichos, y solo sirve su prueba para instruir el ánimo del Juez en la fe que debe darles, y proceder á la sentencia del pleyto principal.

65. Aunque muchos Autores tratáron de esta materia, Aceved. *in leg.* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. Covar. *Practicar. capit.* 18. *n.* 5. Gonzal. *in cap.* 31. *de Testib.* Avendañ. *respons.* 21. y otros que refieren, no la explican con la distincion necesaria, y dan motivo sus opiniones á que se confundan los Profesores, y no hagan buen uso de lo que con tanta solidez disponen las leyes.

66. La segunda observacion, que conviene hacer en esta materia, consiste en que no se deben presentar, ni admitir declaraciones de testigos sobre los mismos artículos en que hayan declarado otros, estando publicados sus dichos, ni sobre los que sean derechamente contrarios, por el temor de que estén sobornados, que es la causa que se motiva en la *ley* 5. *tit.* 6. y en la 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *de la Recop.*, y en la 37. *tit.* 16. *Part.* 3. *al principio*, y en la *Clementina* 2. *de Testib.*

67. En la misma *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3. se pone por limitacion á la regla indicada, que puedan probar las partes con otros testigos, que fué mentira lo que declaráron

ron los primeros contra alguna de ellas; y en esto se manifiesta que lo hacen sobre artículos derechamente contrarios.

68. Lo mismo se contiene virtualmente en la prueba de las tachas que respectivamente se ponen á los dichos de los testigos, y de que hablan las *leyes* 1. *y* 3. *tit.* 8. *lib.* 4.

69. Estas leyes están convenidas en que para probar en manera de tachas la falsedad de lo que dixéron los testigos, únicamente se debe hacer por un medio indirecto, acreditando que el hecho, que han declarado y asegurado los primeros testigos, no pudiéron verlo, ni saberlo, por estar ausentes del Lugar en que sucedió, ó que lo estaba la parte á quien se atribuye; viniendo á resultar una demostracion de ser falso lo que en estas circunstancias declaráron los testigos, comprehendiéndose en la proposicion ó declaracion de los segundos un artículo nuevo acerca de la ausencia y distancia del Lugar á que se refieren los primeros, cuya prueba se llama *coartada*, admitida en el *cap.* 35. *de Testib.*, y explicada en los propios términos en la glosa, *Fuere mentira*, de la citada *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3.

70. Para decir y alegar las tachas contra las personas de los testigos, ó sus dichos, señala la citada *ley* 1. el término perentorio de seis dias, que empiezan á correr desde que se notifica á la parte, ó á su Procurador, el auto de publicacion. Esto es á la letra lo que dispone la ley; pero debe entenderse de un modo efectivo y posible, sin que puedan empezar á correr los seis dias, sino desde aquel tiempo en que las partes hayan visto los testigos que declaran en la probanza contraria, y combinado sus dichos para asegurarse de la calidad y vicios de sus personas, de la falsedad que contengan sus declaraciones, y del medio de probarlas; pues de otro modo correria el término de los seis dias contra el ignorante ó impedido.

71. Este pensamiento, ademas de ser fundado en las

razones y reglas generales que se indican, se demuestra y comprueba mas claramente por la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 3. *del Ordenam.*; pues tratando de este artículo, dice lo siguiente: "É presentados los testigos dentro en los términos de la probanza, segun mandan las leyes de este »nuestro libro, y segun fuero, y uso de nuestra Corte, »é publicados sus dichos, y dada la copia de ellos á las »partes, sea asignado término perentorio de ocho dias á »ambas las partes, para contradecir, y tachar los testigos »que quisieren, así en dichos, como en personas."

72. En esta disposicion se ve claramente, que el término de los ocho dias no se asigna, ni empieza á correr hasta que está entregada á las partes *copia de los testigos y sus dichos*, por medio de la que se informan de las personas, y de lo que declaran; y pueden aprovechar útilmente el término de los ocho dias, para deliberar si han de poner tachas á las personas de los testigos, ó á sus declaraciones, quales han de ser, y los medios de probarlas.

73. La *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3., supuesta la publicacion que hace el Juzgador, continúa en los términos siguientes: "Otrosí deve dar traslado de los dichos de los »testigos á las partes, porque el demandador pueda ver, »si ha provado su intencion, y el demandado se pueda »acordar, si ha de decir alguna cosa contra ellos.

74. La copia de los testigos y sus dichos, y el traslado de ellos, es una misma cosa; y así convienen la citada *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 3. *del Ordenam.* y la 37. *tit.* 16. *Part.* 3. en que no empieza el término señalado para poner tachas, si no desde el dia en que las partes hayan podido ver los nombres de los testigos y sus declaraciones, ya las vean por la copia autorizada, ó traslado que se daba en lo antiguo, segun lo apunté en el capítulo III. de esta parte núm. 33., con autoridad de las *leyes* 26. *tit.* 23. *Part.* 3., 112. 113. *y* 114. *tit.* 18. *de la mism. Part.*, de la 6. *tit.* 3. *de la mism. Part.*; y 9. *tit.* 20. *lib.* 2. *de la Recop.*; ó ya en los autos originales como se hace aho-

ra,

ra, entregándose por su órden á las partes, sin que la una pueda instruirse de lo que han declarado los testigos, hasta que volviendo la otra los autos, que con anticipacion habia tomado, se los entreguen por el término competente.

75. Habiendo cumplido las partes con poner las tachas que les pareciere, dentro de los seis dias señalados en la citada *ley* 1., debe el Juez recibirlas á prueba en el mismo auto en que las admita, sin dar traslado de ellas; pues ni lo previene la ley, como lo hace en todos aquellos casos en que lo considera necesario, ni se observa en los demas interrogatorios ó artículos que se proponen.

76. Podrá dudarse si este auto ó sentencia de prueba de tachas se ha de probar luego que pasen los 6. dias despues de la publicacion, ó si se debe dilatar algun tiempo mas.

77. Deducese esta duda de la misma *ley* 1., pues no señala término al Juez para dar sentencia, por cuyo medio reciba las tachas á prueba, y queda de consiguiente á su arbitrio hacerlo luego que se hayan puesto por alguna de las partes, especialmente pasado el término en que las otras podian ponerlas.

78. Por otra parte se debe considerar, que la *ley* 3. *del propio título y libro* permite á los menores, y á las demas personas y Comunidades que tienen privilegio para pedir restitucion *in integrum*, que lo puedan hacer dentro de 15. dias, contados desde la publicacion de probanzas; y manda que no se reciba á prueba de tachas hasta pasados los dichos 15. dias.

79. En esta ley se ofrecen dos observaciones: La primera, que quando entre las partes que litigan, haya alguna que pueda pedir restitucion para hacer, ó ampliar su probanza, no puede el Juez recibir á prueba las tachas que haya puesto alguna de las partes hasta que pasen los dichos 15. dias.

80. La segunda observacion consiste en que se deben

ben distinguir dos casos para que tenga lugar la disposicion de la citada *ley* 3. acerca de las tachas y su prueba. El uno, si el menor no ha hecho prueba en el término ordinario; y entónces no los hay para que puedan ponerse tachas, á ménos que litigando otras personas sean respectivas á sus testigos.

81. Pero si el menor hubiese hecho alguna prueba, y la restitucion sea para ampliarla, pues de uno y otro caso habla la ley, como lo manifiestan sus palabras: *que agora haya hecho probanza, ó no*, tendrian lugar las tachas contra los testigos exâminados ántes de la publicacion; y se suspenderia recibir las pruebas, hasta ser pasados los 15. dias que señala la misma *ley* 3.

82. En esta ley se trata principalmente de la restitucion que pueden pedir los menores, y los que gozen de su privilegio, y del tiempo en que deben hacerlo, esto es, *dentro de los* 15. *dias* despues de la publicacion; pero teniendo presente que las otras partes que litigan podian poner tachas á los testigos examinados en el término ordinario, y á sus dichos; y que les corrian los seis dias perentorios desde la publicacion, conforme á la *ley* 1. *del propio tit. y libro*, y considerando al mismo tiempo, que puestas las tachas en los seis dias referidos, podia el Juez recibirlas á prueba al siguiente dia, por no limitarle esta libertad la citada ley, como se demuestra de sus mismas palabras: "Que dén sentencia en que reciban „á prueba de ellas;" fué necesario prevenir á los Jueces, que en el caso y circunstancias de que hubiese menor, ú otra persona, ó Comunidad, que gozase de igual privilegio, "no recibiesen á prueba de tachas, hasta pasa„dos los dichos quince dias."

83. Esta particular disposicion es negativa, y todo su efecto se completa en no recibir á prueba de tachas dentro de los 15. dias; pero no se extiende á declarar si pasados estos puede el Juez dar sentencia en que las reciba á prueba, ó si la ha de suspender hasta que el menor haga la suya en el pleyto principal, esperando de

con-

consiguiente á que pase todo el término, que para executarla le conceda el Juez, no excediendo de la mitad del ordinario que permite la ley.

84. Para resolver con acierto y seguridad esta duda, en que concebia yo, quando me ocurrió, grande dificultad, reconocí con diligencia y cuidado los Autores que podrian haberla suscitado, con motivo de tratar de la citada *ley* 3., y de su inteligencia y exposicion; pero no hallé lo que buscaba.

85. Acevedo resume la enunciada *ley* 3. en dos partes. Propone en la primera la restitucion que compete á los menores, y el modo y tiempo en que deben pedirla: *Qualiter, et quo tempore, quis, factis publicationibus, auditur per viam restitutionis, ut possit probare suam intentionem in prima etiam instantia, traditur in præsentiarum.*

86. En la segunda resuelve la duda acerca de las tachas de los testigos: *Usque dum labitur tempus per viam hujus restitutionis assignatum ad probandum, non est assignandus terminus ad objiciendum contra testes, et est notabilis lex, et practicatur quotidie.*

87. Esta segunda parte no es conforme á la letra, ni al intento de la citada *ley* 3., porque no se trata en ella de si ha de señalar tiempo, ni quanto, para poner tachas á los testigos; ántes bien supone que deben hacerlo dentro de seis dias, contados desde su publicacion; y queda reducida la disposicion de la ley en este artículo, á que durante los 15. dias no se ha de señalar término para probarlas, que es á la verdad muy diferente del resumen que hace Acevedo en la segunda parte.

88. En su Glosa ó Comentarios solamente trata de la restitucion de los menores, y de los demas que gozan de su privilegio, del tiempo en que deben pedirla, y término en que deben probar su intencion en primera instancia, con otras incidencias comunes en esta materia, sin que haga memoria de la disposicion particular sobre la prueba de tachas.

89. Paz trató de la misma restitucion por efecto de la

la citada *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4.; pero omitió enteramente la disposicion particular en quanto á la prueba de tachas, como se reconoce desde el *núm.* 129. *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 8.

90. El Autor de la Curia Philipica en la *part.* 1. *del Juicio Civil* §. 17. *n.* 41. procedió con igual omision acerca de este artículo; y en el ordinario de tachas se le advierte una equivocacion, pues dice lo siguiente. "La »prueba de tachas se hace despues de la publicacion de »probanzas en el término de seis dias, despues que se »entregan los autos á las partes para alegar." Y debe decir, que las tachas se han de poner dentro de dichos seis dias, y su prueba se ha de hacer en el término que señale el Juez, no excediendo de la mitad que concede la ley.

91. No pudiendo recurrir á la inteligencia que han dado los Autores á la duda indicada, ni habiendo visto en la práctica de los Tribunales caso alguno, en que hayan concurrido las circunstancias que dan lugar á la qüestion, diré lo que me parece con presencia de los fundamentos que pueden alegarse por una y otra parte.

92. Supongo lo primero la regla establecida en la *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.*, de que puestas las tachas en los seis dias despues de la publicacion, pasados estos, puede el Juez recibirlas á prueba inmediatamente.

93. Supongo lo segundo, que la *ley* 3. limita aquella regla, y suspende la facultad del Juez por 15. dias, contados desde la publicacion de probanzas, para que dentro de ellos no reciba á prueba las tachas.

94. De estos antecedentes viene otra regla comun, reducida á que la causa limitada produce efecto limitado; y así lo que se prohibe por cierto tiempo, queda concedido despues de él; pues semejantes prohibiciones son de estrecha y rigurosa naturaleza, y no se extienden de un tiempo á otro, ni de uno á otro caso, y dexan correr pasado dicho tiempo aquella anterior y nativa facultad que se detuvo, y suspendió por el limitado, luego que

que este pasa. Estas proposiciones están recibidas como principios de buena razon por todos los Autores. Castill. *Controversiar. lib.* 4. *cap.* 45. Menochi. *lib.* 2. *Consil.* 151. *númer.* 48. y otros muchos que refieren.

95. De ella resulta que, disponiéndose en la citada *ley* 3. que no se reciba á prueba de tachas hasta pasados los dichos 15. dias, queda expedita la facultad del Juez para hacerlo luego que pasen.

96. Las palabras de la ley se deben entender llanamente como suenan, y en su propia y natural significacion; y si hubiera querido que no se recibiese á prueba de tachas hasta pasado el término que se concediese al menor para hacer la suya en el pleyto principal, lo hubiera explicado: porque es cosa esencialmente diversa, no recibir á prueba de tachas hasta pasados los dichos 15. dias, y no hacerlo hasta que pasen los mismos 15. dias, y ademas los 40. que comunmente se conceden al menor para el fin indicado.

97. El término de la prueba de tachas no puede exceder de 40. dias, que es la mitad del ordinario. El mismo se concede al menor para probar en lo principal del pleyto, quando pide restitucion; y podrian correr uno y otro en el mismo tiempo para abreviar en lo posible la causa; pudiendo haber sido esta una de las que tuvo en consideracion la ley, para mandar que no se recibiese á prueba de tachas separadamente, y que se esperase á que pasasen los dichos 15. dias.

98. Por la parte contraria se descubren fundamentos mas sólidos, que hacen formar á su favor la resolucion; esto es, que no se reciba á prueba de tachas hasta que pasa todo el término que se haya concedido al menor para hacer su probanza, ya sea el todo de los 40. dias, ó otro menor á que lo haya limitado el Juez, en uso del arbitrio y facultad que le concede la ley; y aun digo mas, que no basta que pase dicho término para recibir á prueba de tachas, sino que se debe esperar tambien á que se pida y haga publicacion de las probanzas que haya he-

cho el menor en uso de la restitucion.

99. La prueba de esta opinion se demostrará por seguros principios, si se distinguen dos casos, que son los que pueden ocurrir en esta materia, cuyo discernimiento la pondrá en la mayor claridad.

100. Si el menor, que tiene facultad para pedir restitucion despues de la publicacion, no usó de ella dentro de los 15. dias que la ley le señala, puede el Juez recibir á prueba de tachas inmediatamente, luego que son pasados los dichos 15. dias; y de este caso habló solamente la ley, y es adaptable á él su particular disposicion.

101. Esta ley contiene tres partes, quales son: pedir restitucion, concederla, y hacer en su conseqüencia la probanza. Para la primera señala 15. dias perentorios; y estando pendiente en ellos la libertad de pedir restitucion, era preciso se suspendiese la prueba de tachas, hasta que se viese si deliberaba el menor usar de su privilegio, por no exponerse á que fuese nula, y á que quedase ilusoria la sentencia de prueba de tachas, como lo quedaria indefectiblemente, si despues de ella, y en el término de los 15. dias, pidiese el menor la restitucion, y se le concediese como era preciso.

102. El efecto de la restitucion *in integrum* quita de enmedio la publicacion y todo quanto posteriormente se hubiese obrado, fingiendo que no han intervenido tales actos, y que está todavía dentro del término ordinario de la ley, y aun enmedio de él; y que el menor, usando entónces de aquella facultad comun que tienen todas las partes, aunque no sean menores, hace su prueba en los 40. dias que se le conceden, aprovechándose del mismo las otras partes, como pudieran hacerlo, si realmente no hubiese pasado, y se conservase el primer término ordinario.

103. Todo esto se demuestra por sus partes en las leyes, autoridades y observaciones que se contienen en el capítulo IX. de estos Apuntamientos, señaladamente desde el núm. 4.

Por

104. Por consequencia se viene á parar en las tres reglas que se han notado en este capítulo, y prescriben las leyes citadas. La primera, que durante el término de prueba no se puede pedir, ni hacer la publicacion de probanzas. *Ley* 39. *tit.* 1. *lib.* 3.: la 3. *tit.* 10. *lib.* 4.; y la 37. *tit.* 16. *con la* 11. *tit.* 17. *Part.* 3.

105. La segunda, que ántes de la publicacion solamente pueden ponerse ó indicarse tachas á las personas de los testigos, pero no á sus dichos, porque están reservados hasta que se publican.

106. Y la tercera, que despues de la publicacion es mas amplia la facultad de poner tachas á los testigos y á sus dichos; y es privativo de este tiempo y lugar recibirlos á prueba, como se dispone en la *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4.

107. Por todos estos principios se demuestra, que no podia tener lugar la prueba de tachas puestas por alguna de las partes en el término de los 6. dias despues de la publicacion, si pedida la restitucion *in integrum* por el menor en los 15. que le concede la citada *ley* 3., se le diese término para hacer su probanza, que seria en este caso comun á las otras partes.

108. Los testigos presentados para las pruebas se han de publicar en la forma y con las mismas solemnidades que prescriben las leyes citadas, y para el fin, entre otros, de contradecir y tachar los testigos y sus dichos; y entónces tiene lugar la sentencia de recibirlas á prueba, comprehendiendo en ella, no solo las que se hayan puesto á los exâminados en el término de la restitucion, sino tambien las que estaban anteriormente indicadas, y se hallaban suspendidas por los 15. dias referidos.

109. Cumplido el término de la prueba de tachas, se publican y comunican á las partes con los autos, y en su vista presentan un escrito, que llaman de bien probado, haciendo en él particular discernimiento de lo que han declarado los testigos con las observaciones oportunas, con el fin de instruir al Juez del mérito de

la prueba para la mas acertada resolucion en la causa.

110. Con los escritos de bien probado de todas las partes que litigan se pone la causa en el estado de que concluyan; y no haciendolo, debe declararla el Juez por conclusa para difinitiva.

111. No es de necesidad alegar de bien probado, pues qualquiera de las partes puede concluir, vistas las probanzas. Así lo dispone la *ley* 10. *tit.* 6. *lib.* 4. *ibi*: "Y „quando la una parte presentare su probanza, y la otra „concluyere sin embargo de ella por peticion: en este „caso queda el pleyto por concluso; y así se provea y „mande."

112. De esta conclusion y sus efectos, y de los que tenga la sentencia difinitiva, trataré en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO XI.

De la conclusion de la causa para difinitiva.

1. Despues que por los medios explicados en los capítulos antecedentes, llegáron las partes á decir y alegar en defensa de su derecho quanto estimáron conducente para manifestarlo, solo resta que las que lo son en el pleyto declaren al Juez que nada les queda que añadir, alegar, ni probar; y que de consiguiente exciten su jurisdiccion para que interponga su juicio, dando la sentencia que acabe el pleyto.

2. Por aquí se ve que la conclusion contiene dos partes. La una se reduce á la insinuada manifestacion que hacen las partes al Juez de haber cerrado todas sus razones, y la otra á dexar el proceso al arbitrio del Juez para que dé su sentencia.

3. Por estos dos respectos quedan las partes contenidas en los límites de un profundo silencio, que les cierra del todo la libertad de alegar ó decir cosa alguna en el pleyto; y el intervalo entre la enunciada conclusion y la sentencia es privativo del Juez, y toca al desempeño de

de su obligacion, quien para llenarla cumplidamente debe exâminar con detenida reflexîon los hechos del proceso; sin cuyo prévio discernimiento expondria su sentencia á la nota de precipitada y nula, segun la *ley* 3. *tit.* 22. *Part.* 3.

4. Las dos enunciadas proposiciones, de que la conclusion da punto á las alegaciones y pruebas de las partes, y es el término final de ellas, y de que en la misma conclusion empieza el que señalan las leyes al Juez para dar su sentencia, se demuestran por las uniformes disposiciones de las leyes que tratan de la conclusion y de la sentencia.

5. La 17. *tit.* 4. *lib.* 2. dispone, que las causas, que primero fueren concluidas en el Consejo, sean primeramente vistas y determinadas. La 24. *tit.* 5. *del propio libro* ratifica y manda guardar la anterior ordenanza, añadiendo para su mas cumplida execucion, que en cada Sala se ponga de quatro en quatro meses una tabla de los pleytos mas antiguos conclusos, para que por su antigüedad se vean y determinen, con otras advertencias que hace en esta razon.

6. En la 4. *tit.* 16. *del mismo libro* se hace mérito dos veces de la conclusion, y procede á señalar lo que despues de ella pueden hacer las partes, reducido á informar, é instruir al Juez de su derecho, alegando leyes y fueros, excluyendo en esto toda alegacion ó prueba en el proceso.

7. La *ley* 9. *tit.* 6. *lib.* 4., conformándose con lo dispuesto en la 4. *tit.* 16. *lib.* 2., repite que con solos dos escritos sea habido el pleyto por concluso, aunque las partes no concluyan, así para sentencia interlocutoria ó recibir á prueba, como para difinitiva; indicando en estas últimas palabras el fin de la conclusion, sin que hagan memoria las enunciadas leyes de medio alguno que embaraze ó dilate la sentencia.

8. Con mas positiva y determinada expresion excluye todo acto judicial en las partes despues de la conclu-

sion

sion la *ley 34. tit. 16. Part. 3.*; pues dispone por regla en primer lugar, que pasado el término de las probanzas, no pueden ni deben recibirse otros testigos; y continúa la limitacion respectiva á instrumentos, con tal que los presenten ántes de la conclusion para difinitiva; *ibi*: "Salvo ende carta, ó instrumento. Ca esto bien gelo puede recibir ante de las razones cerradas."

9. Lo mismo se establece con mayor claridad en la *ley 6. tit. 11. lib. 3. del Ordenam. Real*: *ibi*: "Pero bien queremos, y mandamos, que si la parte tuviere cartas algunas, ó instrumentos, que atengan á su pleyto que las pueda producir, y probar por ellas, fasta que sean las razones cerradas, y el pleyto concluso; porque despues no puede por cartas, ó instrumentos mas probanza hacer." Concuerda en todo lo prevenido en las referidas leyes con el *cap. 9. extr. de Fide instrumentor.*

10. Si por ellas se permitió á los que litigaban hacer uso de los instrumentos para probar su intencion en qualquiera parte del proceso hasta su conclusion, se coartó y limitó despues por otras leyes posteriores á unos términos muy precisos, concluyendo todas en una disposicion uniforme, de no ser lícito presentar instrumentos despues de la conclusion para difinitiva.

11. El actor y el reo son iguales en la obligacion que les imponen las mismas leyes, de presentar con sus escritos las escrituras de que quieren valerse; y solo se diferencian en que el actor, quando pone su demanda, ha de traer y presentar sus escrituras; y el reo goza de aquel término que le concede el emplazamiento, para que delibere su contestacion; pero en el punto mismo en que la formalice y presente al Juez, lo ha de hacer tambien de las respectivas escrituras.

12. Tambien convienen en que no haciéndolo en el tiempo de la presentacion de sus escritos, no son admitidas despues en el progreso de la causa, aunque lo hagan ántes de la conclusion para difinitiva.

13. Por esta regla sencilla se gobiernan las reconvencio-

ciones y excepciones: porque el que las pone, aunque goza de tiempo señalado para meditarlas y producirlas, como se reviste del caracter y representacion de actor, está en el caso de presentar al mismo tiempo sus escrituras, segun y en la forma que se prescribe y declara en el que pone su demanda, verificándose igual disposicion en el que replica á las reconvenciones y excepciones, porque en esta parte es reo, y está comprehendido en la regla general ya insinuada.

14. Pero hay una limitacion comun al actor y al reo, en el tiempo y en la forma de usar de ella, reducida á que pasados los respectivos términos que les están señalados en sus demandas y contestaciones, excepciones, reconvenciones y réplicas, pueden presentar escrituras, haciendo juramento que nuevamente las hubiéron, y que ántes no las tenian, ni sabian de ellas, ni las pudiéron haber, para presentarlas en el dicho tiempo.

15. Con esta solemnidad y juramento serán admitidas las escrituras que convengan á su derecho y justicia, concurriendo el que las presenten en el progreso de la causa y ántes de la conclusion para difinitiva; pues ni el juramento, ni la solemnidad indicada rompen el punto de la conclusion, ni hacen lugar á que despues de ella se admitan.

16. Esto es lo que en resumen establecen las leyes en la regla y en la limitacion explicadas. *Ley.* 1. *y* 2. *tit.* 2. *lib.* 4.: las 1. *y* 2. *tit.* 5.; y las 1. 2. *y* 3. *tit.* 9. *del mismo libro.*

17. El Señor Covarr. *en sus Qüestiones prácticas al capit.* 20. *n.* 8. refiere lo dispuesto en estas leyes, en quanto al tiempo, fórmulas y solemnidades introducidas en ellas; y asegura no observarse en los Tribunales, y estar reducida su práctica á lo dispuesto por las leyes antiguas citadas, y por el enunciado *cap.* 9. *ext. de Fide instrumentor.* ibi: *Hodie tamen receptum est, posse instrumenta quælibet ab actore, vel reo proferri in judicium, quocunque litis tempore, usque ad causæ conclusionem, quæ fuerit facta,*

ut

ut statim difinitiva pronuncietur sententia, etiam nullo præstito juramento: quæ quidem praxis juri communi convenit, et legi regiæ, quæ paulo ante nominatim citata fuit, nempe legi 6. tit. 11. lib. 3. Ordinam. et legi 1. tit. 4. eod. lib. 3. Nec in hoc ulla potest contingere dubitatio, aut controversia.

18. Pareja *de Instrum. edition. tit. 6. resol. 3. n.* 30. con el Paz *tom. 1. part. 1. temp. 7. n.* 34. Aceved. *in leg. 1. tit. 9. lib. 4. n. 5.* y otros contestan con el Señor Covarrubias la práctica y estilo, que observáron constantemente los Tribunales, de recibir los instrumentos que presentaban las partes en qualquier estado de la causa hasta la conclusion para difinitiva, sin haber recibido, ni usado las nuevas restricciones y fórmulas establecidas por las leyes posteriores que se citan, señaladamente las 1. *y 2. tit. 2. lib.* 4.: la 1. *tit.* 5.; y las 1. *y 2. tit. 9. del prop. lib.*

19. Ya se consideren los referidos Autores como testigos, pues siempre lo serán de la mayor excepcion por su grande autoridad y caracter, ó bien se miren como peritos en el arte de que tratan, asegurando unos hechos que presenciáron y observáron dentro de los Tribunales, alegándolos al mismo tiempo por notorios, no será lícito dudar de su verdad. Pareja *de Instrum. edit. tit. 2. resol. 2. n.* 53. Salg. *de Reg. part. 1. cap. 1. præl ud. 3. n.* 179. Ceball. *Controv. com. lib. 1. quæst. 1.* siguiendo á Bartulo *in leg.* 31. *ff. de Legib.*

20. Con la misma seguridad atribuyen al enunciado estilo y práctica los efectos de haber impedido, ó derogado los que debiéron producir las citadas leyes en la precisa observancia y cumplimiento de todo lo que nuevamente dispusiéron, señalando el tiempo en que debian presentarse los instrumentos, y que pasado no se admitiesen, salvo con las solemnidades del juramento que previenen, haciéndolo necesariamente en el progreso de la causa, hasta la conclusion para difinitiva.

21. Esta opinion, en quanto al superior efecto que da al estilo y práctica de impedir, ó derogar las leyes, tie-

tiene grande repugnancia, y puede traer perjudicialísimas conseqüencias, si se admite con la generalidad que la proponen sus Autores, sin exâminar los principios y causas que pudiéron tener los Tribunales y Magistrados, para retener tenazmente la práctica antigua, y resistir la que se estableció de nuevo por las posteriores leyes citadas.

22. Porque estableciéndose todas sobre el mas serio exâmen de los Ministros del Consejo, y sobre un dictamen, cuya uniformidad debe ser á lo ménos de dos de las tres partes, como se dispone en la *ley* 8. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*, no parece que pueda haber práctica que prevalezca contra ellas.

23. A la verdad que su objeto es siempre el beneficio público que sale calificado con la autoridad de tan superior Tribunal, y mucho mas con la del Soberano de quien recibe el ser, siendo su publicacion el término en que empieza la obligacion de todos los súbditos á guardar y cumplir religiosamente las leyes, sin que la voluntad de estos tenga el menor influxo en su aceptacion, porque no pende de ella, ni de que la usen.

24. Esto es lo que dispone literalmente la *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.* mandando que se determinen los pleytos y causas, así civiles, como criminales, de qualquier calidad ó cantidad que sean, por los Ordenamientos, Leyes, Pragmáticas ó Fueros, aunque no sean usadas, ni guardadas; y en la *ley* 9. *del propio titulo y libro* se estrecha mas la observancia y cumplimiento de las enunciadas Leyes y Pragmáticas, salvo que estuviesen derogadas por otras. En esta misma ley que hizo publicar el Señor Don Felipe III. el año de 1610., se hace cargo de que su observancia ha sido y es muy importante y necesaria, y que no la ha habido como conviene, procediendo esto, así del poco cuidado que de su execucion y de las penas impuestas por ellas han tenido las Justicias, como de haberse usado de diversos medios é invenciones para defraudar lo por ellas proveido; y motivan-

do el desagrado que en ello habia recibido, y los grandes daños é inconvenientes que habian resultado, estimó por el mas breve y eficaz remedio, que se restableciese la puntual observancia y cumplimiento de dichas leyes.

25. Á consulta del Consejo pleno, de 4. de Diciembre de 1713., se formó el *auto acordado* 1. *tit.* 1. *lib.* 2., en el que se renueva la memoria de las Leyes y Ordenamientos que habian establecido el Señor Rey Don Alonso el XI., Era 1348., los Señores Reyes Católicos en el de 1499., Don Fernando y Doña Juana en el de 1505., Don Felipe II. en el de 1567. y Don Felipe III. en el de 1610. En todas ellas se dispone que así para actuar, como para determinar los pleytos y causas que se ofrecieren, se guarden integramente las leyes de la Recopilacion de estos Reynos, los Ordenamientos y Pragmáticas, leyes de las Partidas, y los otros fueros en lo que estuvieren en uso, no obstante que de ellas se diga que no son usadas, ni guardadas: y considerando el gran daño que resulta de su inobservancia al servicio de Dios, del Rey y de la causa pública, encargó el Consejo mucho á las Chancillerías y Audiencias, y á los demas Tribunales de estos Reynos el cuidado y atencion de observar las leyes pátrias con la mayor exâctitud; pues de lo contrario procederá el Consejo irremisiblemente contra los inobedientes.

26. En el *auto acordado* 2. *del prop. tit. y lib.*, mandó el Señor D. Felipe V., con fecha de 12. de Junio de 1714., lo siguiente: "Todas las leyes del Reyno, que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deven observar literalmente, sin que pueda admitirse la escusa de decir que no están en uso; pues así lo ordenáron los Señores Reyes Cathólicos, y sus sucesores en repetidas leyes, y yo lo tengo mandado en diferentes ocasiones; y aun quando estuviesen derogadas, es visto averlas renovado por el Decreto, que conforme á ellas expedí, aunque no las expresase: sobre lo qual estará ad-

»ver-

»vertido el Consejo, celando simpre la importancia de
»este asunto."

27. Estos mismos sentimientos, acerca de la obligacion que tienen los súbditos á cumplir las leyes que se publican por los Reyes, explicáron con las mas graves autoridades. D.Thom. *Prim. secund. quæst.* 90. *art.* 3. *et* 4. S. Agustin. *de Ver. Relig. et* Aristol. *Ethicor. lib.* 10. *cap.* 9.

28. Las leyes no deben ser desatadas por ninguna manera, salvo que llegasen á ser contrarias al bien público; y entónces el conocimiento del daño, y la autoridad de enmendarlo, derogando en todo ó en parte la ley, es privativo del Autor de ella. Esto es lo que disponen las *leyes* 17. *y* 18. *tit.* 1. *Part.* 1., estando igualmente prohibida á todos su interpretacion ó declaracion. *Ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2.

29. Porque si fuera lícito á los súbditos no admitir la ley, ó no observarla despues, no estaria muy distante de caer en el detestable vicio de abrir un camino arbitrario para resistir impunemente el cumplimiento de las leyes, con pretexto de considerarlas perjudiciales al Estado, viniendo el Pueblo á concebir una idea de aquella potestad Real que en otro tiempo se le quiso atribuir, sin contenerse en la natural y divina sujecion que deben á los Príncipes para obedecer y cumplir religiosamente sus ordenaciones.

30. Ménos deberá permitirse su inobservancia y contravencion á los Jueces y Tribunales, que están puestos por los mismos Reyes para ampliarlas por sí, y hacerlas guardar á todos los súbditos, usando, si es necesario, del apremio y de la pena.

31. Pues si los mismos Tribunales hallasen por la experiencia y por el uso, que no corresponden las leyes al beneficio público que prometian en su establecimiento, y que producian en su observancia contrarios efectos, deben representarlos al Rey, para que los haga exâminar con aquella detenida meditacion que pide la importancia del asunto. Este es un camino obsequioso y grato á los

los Soberanos, el mismo que señalan las Leyes y los Cánones, y el mas conforme á sus justas intenciones de enmendar el daño, que por qualquiera causa pueda resultar á sus súbditos. Por tanto lo encargan muy estrechamente, así con respecto á las leyes, como á las cartas y provisiones particulares que son dadas en perjuicio de tercero, ó con daño del público. *Ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2.: las 1. 2. *y* 3. *tit.* 14. *lib.* 4. *Recop.*: las 30. *y* 31. *tit.* 18. *Part.* 3.; y el *cap.* 5. *de Rescrip.* y el 6. *de Præbend.*

32. Se haria increible, sino lo aseverasen unos Autores de tan alto caracter y notoria integridad, que los Jueces y Tribunales del Reyno obrasen en la ordenacion de las causas contra la forma que estaba dada en las leyes; sabiendo que ni el estilo, ni el uso de los Tribunales puede derogarlas, y que á lo mas á que puede extenderse su efecto, es á declararlas ó interpretarlas, quando son dudosas.

33. Esta es la doctrina sólida, que procede de la *ley* 1. *tit.* 2. *Part.* 1. *y la siguiente.* Salgad. *de Retention. part.* 2. *cap.* 7. *n.* 34. con otros muchos que refiere; viniendo á ser recibida por comun opinion, fundada en que el estilo y el uso de los Tribunales solamente recibirá la fuerza de ley, para alterar y derogar las que se hallan publicadas, llegando á noticia del Rey, y prestando su consentimiento, como lo manifiesta la citada *ley* 1. *tit.* 2. *Part.* 1.; y es inverosimil, y aun repugnante, que quando los Reyes habian trabajado tanto en hacer valer, guardar y cumplir sus leyes, aunque se dixese que no se habian usado ni guardado, cayesen en la debil condescendencia de tolerar á los Jueces y Tribunales su manifiesta contravencion, disimulándoles al mismo tiempo el desprecio que habian hecho de ellas.

34. Esta práctica, indicada por los referidos Autores, se hace mas intolerable, no solo por el mal exemplo que trae á los demas Jueces y Tribunales para desatender las leyes, sino tambien porque en aquella práctica y estilo no se descubre razon alguna de utilidad pública, ni de equidad

dad y justicia que la haga preferir á lo dispuesto por las citadas leyes, en el tiempo, forma y solemnidades con que deben presentarse los documentos: porque si el actor los ha buscado como debe para venir preparado al juicio, supuesto que ha podido tomarse el tiempo necesario, y los tuviese en su poder quando presenta su demanda, no le perjudica que los produzca con ella, ántes bien es conforme á la sinceridad y buena fe que piden los juicios, que manifieste al demandado los títulos y escrituras que justifican su derecho en lo que pretende.

35. Es asimismo de grande utilidad al demandado: porque en vista y con presencia de las escrituras en que funda su intencion el actor, podrá deliberar su condescendencia y allanamiento, sin entrar en contradicciones y pleytos; y esto trae grandes ventajas, no solo á los que han de litigar, sino principalmente á la causa pública, que tanto se interesa en impedirlos, ó en abreviarlos, quando no se puede lograr lo primero.

36. Si el actor no tuviese escrituras al tiempo en que pone su demanda, ni noticia de ellas, y adquiriese posteriormente en el progreso de la causa algunas, con que pueda probar su intencion, no halla tampoco embarazo que perjudique su justicia, pues está en su arbitrio removerlo con solo el juramento de haber llegado nuevamente á su noticia, con las demas fórmulas que indican las citadas leyes; y suponiendo que es cierto el hecho que refiere, nada aventura en probarlo con su juramento; y si reservó maliciosamente las enunciadas escrituras, y no quiso usar de ellas quando puso su demanda, para no descubrir al demandado los títulos que aseguraban su justicia, obra entónces contra la sinceridad y buena fe de las leyes, y no le debe aprovechar su fraude.

37. En el reo procede con igualdad esta doctrina; pues si en el término señalado en su emplazamiento, y en el que, quando acaba este, le conceden las leyes para contestar la demanda y poner excepciones, no hubiese hallado ni recogido las escrituras, que puedan conducir á

pro-

probar su intencion, para presentarlas con su escrito, tiene el mismo auxîlio de la ley para hacerlo en todo el progreso de la causa, baxo del juramento, fórmula y solemnidades que son comunes al actor, verificándose una entera uniformidad en la presentacion de escrituras, y en el poder afianzar en ellas su justicia.

38. Las leyes antiguas, que les permitian presentar las escrituras hasta la conclusion de la causa, convienen con las posteriores en este punto, y la diferencia consiste únicamente en que por aquellas las podian presentar simplemente, sin necesidad de juramento de que hubiese llegado nuevamente á su noticia; y esta mayor libertad, que suponen los Autores citados que se retuvo y continuó en los Tribunales, con desprecio de las leyes posteriores, da motivo á los que litigan para reservar sus respectivas escrituras, y sorprehender con ellas á las partes casi al fin de la causa, obligando á mayores dilaciones, si las han de reconocer con la atencion que corresponde, redarguirlas de falsas, comprobarlas, y dar lugar á que por las otras partes se presenten otras separadamente, en que sean necesarias iguales dilaciones, retardándose la conclusion de la causa.

39. Si se cotejan con madura reflexîon las antiguas leyes con las posteriores, se demuestran las ventajas que producen estas en favor de los que litigan y de la causa pública; y sin duda que por no haber alguna en lo dispuesto por aquellas leyes, ni en la observancia que se les atribuye en los Tribunales, no las señalan los Autores que están por esta práctica.

40. Unos refieren sencillamente la práctica y estilo de los Tribunales, y otros alegan por razon única el estar fundada en mayor equidad, para que la verdad y la justicia no perezcan, no admitiendo las escrituras por no haberlas presentado en el tiempo, y con el juramento y solemnidades prevenidas en las leyes posteriores. Pero esta razon es muy debil, y está excluida á primera reflexîon: porque no se trata de no admitir los instrumentos

que

que presentan las partes ántes de la conclusion para difinitiva, y sí solo de no recibir aquellos que tenian en su poder, y pudiéron presentar con sus respectivos escritos de la demanda, contestacion y excepciones, y los reserváron por cautela y dolo, para no manifestar á la parte contraria las pruebas y fundamentos de su intencion, haciendo uso separadamente de las escrituras en el progreso de la causa, para darla mayor duracion, en perjuicio de las partes y del Público.

41. Tampoco se trata de no admitir las escrituras que pasado el tiempo de la presentacion de las demandas y excepciones, reconvenciones y repulsas, llegáron á noticia de las partes; ántes bien disponen las leyes antiguas y modernas que deben admitirse, con la sola diferencia de que por las últimas lo han de hacer con el juramento indicado, concluyéndose por esta demostracion, que la verdad y la justicia quedan siempre afianzadas en los instrumentos que presenten las partes hasta la conclusion, y solo ocurren las últimas leyes á la malicia y al dolo de los que no quisiéron presentarlas, teniéndolas en su poder, ó pudiendo tenerlas al tiempo de poner sus demandas ó excepciones.

42. Ninguna de las leyes antiguas, ni modernas, dispone, ni manda que se admitan las escrituras que se presentaren despues de la conclusion hasta la sentencia difinitiva. Tampoco se prohibe su presentacion ó admision; pero de unas y de otras se infiere por una conseqüencia casi necesaria, que no se deben admitir los instrumentos que presentaren desde la conclusion hasta la sentencia difinitiva: porque habiéndose puesto aquella por punto y término final hasta donde era lícito usar de escrituras, ya lo hiciesen libremente, segun lo disponen las leyes antiguas, y el estilo de los Tribunales que se ha indicado, ó ya con las restricciones del juramento y fórmulas que señalan las posteriores, que tambien se han citado, queda en aquel punto extinguida la facultad de producir nuevas escrituras, no solo por efecto del argumento contra-

rio

rio que se deduce, sino principalmente por lo esencial de la positiva disposicion que contienen las citadas leyes.

43. Esta proposicion está demostrada en el capítulo octavo de estos Apuntamientos, tratando de los términos señalados por las leyes para hacer la probanza en primera instancia, y con otros muchos exemplares de que se hace mérito en el propio capítulo acerca del influxo y efecto que esencialmente producen los términos, para que pasados se entienda prohibido lo que dentro de ellos se podia hacer. Esta regla tiene una limitacion principal recibida en los Tribunales, y fundada en la autoridad de graves Autores antiguos y modernos, señaladamente del Señor Covarr. *en el citado cap.* 20. *de sus Prácticas n.* 8., de Pareja *en el tit.* 6. *resol.* 3. *n.* 30. *y en la limitacion* 1. y de Paz *tom.* 1. *part.* 1. *tempore* 7. *n.* 34. con otros muchos que refieren.

44. Redúcese esta limitacion á los instrumentos que despues de la conclusion hubiesen llegado á noticia de las partes, probando esta verdad con su juramento, con tal que la escritura que se presente conduzca principalmente á descubrir la verdad y la justicia de la parte que usase de ella.

45. Si con la sentencia, que se hubiese de dar, se acaban las instancias, y no hay otra posterior en que hacer uso de tales instrumentos, obliga mas la equidad á que se reciban, para no ver perecer sin remedio la justicia de la parte que los presenta. Con sola esta consideracion ha estimado el Consejo que se deben admitir los instrumentos que se presentan en los grados de segunda suplicacion, sin embargo de que la *ley* 2. *tit.* 20. *lib.* 4. *de la Recop.* dispone: "Que estas causas se vean y determi-»nen de los mismos autos del proceso, sin rescibir escri-»to, ni peticion, y sin dar lugar á otras nuevas alega-»ciones, ni probanzas, ni escrituras, ni dilaciones, ni »pedimentos, por via de restitucion, ni en otra mane-»ra alguna."

46. De la inteligencia y exposicion de esta ley, y de los

los fundamentos que persuaden deber admitirse los instrumentos que se presentan en este extraordinario recurso, manifestándose en ellos la justicia de la parte que los presenta, trató con solidez y extension Maldon. *de Secund. supplicat. tit. 6. quæst. 5.*, cuya doctrina conduce mucho al último artículo de que se va tratando.

47. He observado que los referidos Autores ocupáron todo su cuidado en persuadir el caso y circunstancias, con que deben admitirse las escrituras despues de la conclusion hasta la sentencia difinitiva; pero no explican el conocimiento y diligencias que deben preceder á la admision de los instrumentos, ni la direccion de la causa hasta volverla á poner en estado de sentencia; que es en lo que se ofrecen los principales puntos de práctica, de que es necesario hallarse instruido.

48. Supuesta la presentacion de escrituras despues de la conclusion, toma el Juez un conocimiento pasagero de lo que contienen, y si concibe que no conducen, ni prueban la principal intencion de la parte, ó á lo ménos duda de ello, provee el auto siguiente: "Pónganse con »los autos para los efectos que haya lugar, sin perjui»cio de su estado."

49. En esta providencia se contiene una reserva para declarar en la sentencia difinitiva, si ha lugar ó no á admitir dichas escrituras: porque siendo este un artículo ó incidente conexô con el mérito de la causa principal, que pide mayor exâmen, y que no es de los judiciales que miran al órden del juicio; y teniendo por otra parte contra sí la ley que prohibe admitir escrituras despues de la conclusion, entra por todos respectos la regla de que puede el Juez reservar la decision para difinitiva, sin que en ella cause á las partes agravio que induzca nulidad, ni injusticia que dé motivo para apelar de la enunciada reserva, que es sentencia interlocutaria. Con esta distincion procede la doctrina de Salgado *de Reg. part. 2. cap. 18.*, de Carlev. *de Judic. tit. 2. disput. 5. n. 13.*, y de Molin. *de Primog. lib. 4. cap. 9. n. 42.* con otros muchos.

50. El instrumento, que se presente despues de la conclusion, ha de tener la precisa calidad de probar la intencion del que lo produce de un modo claro y convincente; pues entónces tiene lugar la equidad, que obliga á relaxar la regla establecida de excluir toda prueba, aunque sea de instrumentos, despues de la conclusion, para que no perezca aquella justicia que se toca como de bulto en la misma escritura; y como esta demostracion ha de resultar del reconocimiento del proceso y combinacion de las pretensiones, no es fácil decidir esta calidad sin mas alto exâmen y conocimiento de la causa en lo principal.

51. Si por el que tomase el Juez con respecto al estado en que se halla la causa para dar sentencia difinitiva, ó suspenderla admitiendo las escrituras, hallase que estas no influyen en el mérito de la justicia, y que presentadas ántes de la conclusion en tiempo oportuno no inclinarian el animo del Juez á que la concibiese y declarase á favor del que las propone y presenta, entónces podrá estimar y declarar que no deben admitirse, y proceder en el mismo auto á dar sentencia difinitiva en lo principal de la causa.

52. Por este medio se ataja la malicia de los que usan en aquel tiempo de escrituras frívolas con el fin de dilatar la sentencia, si con solo presentarlas con el juramento indicado se hubiesen de admitir y comunicar á las partes contrarias, como seria preciso, abriendo el juicio con alegaciones, excepciones de falsedad, comprobaciones, y otras diligencias que dilatarian por mucho tiempo el fin de aquella causa.

53. Pero si al tiempo de oir y reconocer lo principal del proceso, y cotejarlo con las escrituras presentadas, concibiese el Juez que, si son verdaderas y legítimas, podrá formar nuevo juicio acerca de la justicia de la parte que las presenta, provee un auto admitiéndolas y mandando dar traslado de ellas á las otras partes que litigan, suspendiendo la sentencia difinitiva.

El

54. El referido auto por el qual admite las escrituras, precedida la instruccion y exâmen conveniente para asegurar el dictamen del Juez sobre la utilidad é importancia de ellas, revoca y repone el de la conclusion que ántes habia dado, por la incompatibilidad que tienen entre sí; pues el de conclusion impide toda alegacion y defensa, aunque sea por escrituras, y el posterior en que las admite, remueve aquel impedimento, y dexa en libertad á las partes para que redarguyan de falsas las citadas escrituras, ó presenten otras que destruyan ó debiliten su contenido, y hagan en fin las defensas que estimen convenientes.

55. Esta proposicion es bien notoria, y la comprueban con uniformidad los Autores en las dos partes que contiene. La una, que el auto de conclusion, por el que se cerráron todas las razones á las partes, es interlocutorio, y que puede de consiguiente revocarse por el mismo Juez de la causa: la otra, que el auto posterior en que se admiten las nuevas escrituras, y se comunican á las otras partes, abre el juicio, y es incompatible estar cerrado y abierto; y en estos términos se explican los Autores. Parej. *tit. 6. resol. 3. limitat. 2.* Menoch. *de Præsumpt. præsump. 63. n. 4. et de Arbit. lib. 1. q. 35.* Giurb. *decis. 83. n. 2.* y Fontanel. *decis. 104. n. 1. al 4.*, en donde refiere la práctica observada en lo antiguo de concluirse segunda vez, quando se habia abierto la primera conclusion para recibir nuevas probanzas al menor por efecto de su restitucion; y aunque añade desde el *num. 5.* que en su tiempo se procedia, sin repetir la conclusion, á sentenciar la causa, funda este nuevo estilo, en que la restitucion se concedia al menor sin perjuicio del estado que tenia la causa, por conseqüencia de una particular constitucion que cita; y la enunciada cláusula preservativa, de que se entendiese la prueba del menor sin perjuicio del estado, mantenia el efecto de la anterior conclusion, sin necesidad de repetirla.

56. Si el Juez por el contexto de la escritura conci-

biese, al tiempo de su presentacion, que con ella prueba la parte su justicia, siendo cierta, legítima y valedera, puede y debe admitirla inmediatamente, comunicándola á las otras partes, para que usen de su derecho y defensa en los términos, y por los medios indicados en el caso antecedente.

CAPÍTULO XII.

De la sentencia difinitiva y sus efectos.

1. En dos cosas están enteramente de acuerdo las partes que litigan en quanto á la conclusion que fué el asunto del capítulo antecedente; es á saber, en que nada tienen que añadir á lo que han alegado y probado en órden á lo que conduce á su defensa, y en excitar el oficio del Juez, pidiendo que acabe la instancia con su sentencia.

2. El Juzgador está en obligacion de hacerlo con la brevedad posible, que tanto recomiendan todos los derechos, sin tocar en la precipitacion que resisten.

3. Para guardar esta justa y equitativa proporcion, pone su primera atencion en descubrir la verdad de los hechos, obra verdaderamente dificil, porque debiendo buscarse por el estrecho camino de la razon, se halla las mas veces intrincado y lleno de los embarazos que con estudiadas apariencias han preparado las partes ó sus defensores.

4. La verdad que deben buscar los Jueces está reducida al *jus cujusque suum*; pues siendo el objeto de la justicia y su fin, que la obtenga la parte á quien corresponde, viene á ser esto lo primero en la intencion del Juez, y lo último en la execucion, sucediendo en aquella lo contrario, porque sirve de medio su conocimiento.

5. Por estos principios se entenderá fácilmente, por qué mandan las leyes con tan estrecho encargo á los Jueces que busquen la verdad: por qué les advierten que no se detengan en las solemnidades y fórmulas del órden de los juicios: por qué les señalan que la busquen precisamen-

mente en los hechos del proceso: por qué los obligan á que los reconozcan y exâminen con detenida reflexîon y combinacion de sus partes; y por qué finalmente detestan las mismas leyes la precipitacion, trascendiendo su influxo hasta decir nulas las sentencias que con ella se dieren.

6. Todos los derechos convienen en las proposiciones indicadas, y esta uniformidad prueba que la razon en que se fundan es invariable y una misma en todas las personas, en todas las causas y en todos los tiempos.

7. En la *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. se dispone: "Que »seyendo hallada, y probada la verdad del fecho por el »proceso, en qualquier de las instancias que se viere, so»bre que se pueda dar cierta sentencia, que los Jueces »que conoscieren de los pleytos, y los ovieren de librar, »los determinen, y juzguen segun la verdad, que hallaren »probada en los tales pleytos."

8. La *ley* 22. *tit.* 4. *lib.* 2., y la 8. *tit.* 13. *del propio libro* hacen igual encargo, de que se determinen los pleytos solamente sabida la verdad. La 11. *tit.* 4. *Part.* 3. previene lo mismo con palabras mas fuertes y expresivas: "Verdad (dice) es cosa que los Judgadores deven catar en »los pleytos, sobre todas las otras cosas del mundo: é por»ende, quando las partes contienden sobre algund pleyto »en juicio, deven los Judgadores ser acuciosos en puñar »de saber la verdad del, por quantas maneras pudieren :::: »É quando supieren la verdad, deven dar su juicio, en la »manera que entendieren que lo han de facer segund de»recho." Lo mismo confirma y canoniza la *ley* 3. *tit.* 22. *de la misma Partida.* "É catada, é escodriñada, é sabida la »verdad del fecho, deve ser dado todo juicio, mayor»mente aquel que dicen sentencia difinitiva." *Leyes* 5. *y* 7. *del propio tit. y Part.*: *Canon* 11. *caus.* 3. *q.* 5.: *cap.* 6. *ext. de Judiciis.*: *ley* 14. *Cod. dict. tit.*: la 6. *ff. de Transactionib.* ibi: *De iis controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti*: *ley* 15. *Cod. eodem*, ibi: *Ut responsum congruens acci-*

pe-

pere possis, insere pacti exemplum. En la *ley* 52. §. 2. *ff. ad leg. Aquiliam*, respondiendo el Jurisconsulto Alfeno dixo: *In causa, jus esse positum*; y la *ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* tratando de los pleytos y de lo que se debe poner utilmente en ellos, dice: "Do tan solamente se puede po-
»ner simplemente el hecho, de que nace el derecho ::::
»mas cada una (habla de las partes que litigan) ponga el
»hecho en encerradas razones."

9. En fuerza de estos principios se perciben claramente todas las razones en que se han fundado, para encaminar á los Jueces á que busquen la verdad de los hechos, y á que lo hagan con suma diligencia y trabajo, escudriñando todas sus partes, y conociendo la fuerza de los hechos y de las palabras; y los Jueces que no proceden con este reflexîvo exâmen, presume el derecho que mas usan de su voluntad y capricho que de su razon y entendimiento, y consideran nula la sentencia que dieren con tal precipitacion.

10. La duda consistirá en poder asegurarse de si se dió con efecto la sentencia con aquel previo y circunspecto exâmen que mandan las leyes, ó con la precipitacion que resisten; y para resolver esta duda, no hay ley que señale el tiempo y las circunstancias que lo manifiesten, y es preciso reservarlas al prudente conocimiento de los Jueces superiores, atendido lo voluminoso del proceso, la entidad y gravedad de la cosa que se litiga, y las dificultades que se ofrecen en su decision: de manera que se venga á conocer casi con evidencia, que el Juez, por diligente y experto que sea, no pudo tomar aquel exâcto conocimiento de los hechos, que segun las leyes debe preceder á su juicio y sentencia.

11. Pues aunque el *cap.* 2. *ext. de Sentent. et re judicat.* dice: *Jurgantium controversias celeri sententia terminare, et æquitati convenit, et rigori*; esta disposicion se dirige á excluir la morosidad del Juez y la duracion de las causas, obligándole á que las determine y acabe con su sentencia, luego que haya tomado el preciso y debido cono-

no-

nocimiento de la verdad de los hechos, y se halle por conseqüencia instruido del derecho que compete á las partes para declararlo, y hacerlo observar en cumplimiento de su sentencia. Esta es la natural inteligencia que conforme á las palabras del texto, y conciliándolas con las que detestan la precipitacion del juicio, se debe dar al citado *cap.* 2., y la misma que dió, despreciando otras poco fundadas, Gonzal. *en su Coment. al mismo cap.*

12. La *ley* 1. *tit.* 17. *lib.* 4. señala el término de veinte dias desde la conclusion del pleyto para que el Juez dé y pronuncie la sentencia difinitiva; pero no determina, si pronunciándola ántes se ha de tener por precipitada, ni si induce nulidad de la misma sentencia, aunque la dé pasados los veinte dias; y así queda siempre pendiente del arbitrio del Juez superior considerar la precipitacion de la sentencia, conciliando el tiempo en que se dió, la entidad y gravedad de la causa, y las demas calidades que se han indicado por regla de este artículo.

13. Estas dos partes que son del cargo del Juez, reducidas á instruirse bien de la verdad por los hechos del proceso, exâminando por sí mismo, como lo dispone en los Jueces de primera instancia la *ley* 6. *tit.* 9. *lib.* 4., se comprehenden juntamente en la citacion relativa á la sentencia en el auto interlocutorio que provee el Juez sobre la conclusion de las partes, en los términos siguientes: *Por concluso y autos, citadas las partes.*

14. En la primera de este auto se manifiesta, que el Juez queda enterado de que las partes no tienen, ni quieren decir mas en su defensa, que lo expuesto y probado, y que en esta inteligencia cumplirá las obligaciones que son de su cargo. En la segunda parte pide los autos, y manda que el Escribano se los pase para verlos por sí mismo, informándose de la verdad de los hechos para dar su juicio y sentencia en la causa; y en la última parte incluye la citacion que es necesaria para que tenga efecto la sentencia.

15. Esta es la parte mas recomendable de los juicios por

porque los acaba, y redime á los que litigan de los grandes males que padecen en su seguimiento. Á este intento se explicó oportunamente la *ley* 2. *tit.* 22 *Partid.* 3. con estas palabras: "Grande es el pro que del juicio nace, que "es dado derechamente. Ca por él se acaban las contiendas "que los omes han entre sí delante de los Juzgadores, é "alcanza cada uno su derecho." Lo mismo dispone la *ley* 19. *en su principio del propio tit. y Part.*

16. No solo acaba el juicio la sentencia difinitiva para las partes que han litigado, sino tambien para el Juez que la dió, porque no la puede mudar en todo, ni en parte substancial, como se dispone literalmente en la *ley* 3. *tit.* 22. *Part.* 3. *ibi*: "Porque tal juicio como este, pues que "una vez lo oviere bien, ó mal juzgado, non lo puede toller, nin mudar aquel Juez que lo juzgó." *Ley.* 4. *y* 22. *del propio tit. y Part.* y conforma con estas leyes la 54. *ff. de Re judicat.* y la siguen con uniformidad todos los Autores.

17. En las antecedentes leyes, señaladamente en la 2. *tit.* 22. *Part.* 3. se contiene aquel principio, de que la sentencia debe ser conforme al libelo. Mas expresamente, y en repetidos exemplos lo dispone la *ley* 16. *del propio tit. y Part.* Por su contexto se percibe, que la conformidad de la sentencia ha de corresponder á las acciones, á las cosas, y á las personas que forman el juicio; y en qualquiera parte de las tres que falte la conformidad, llevará el vicio de nula, y no producirá efecto alguno, ni merecerá el nombre de sentencia.

18. Esta verdad bien conocida por las leyes, y por la uniforme opinion de los Autores, se presentará mas demostrada en los exemplos y casos respectivos á cada una de las tres partes indicadas.

19. En quanto á las acciones se procede con dos supuestos: Uno, que el dominio de las cosas solo puede adquirirse por una causa ó título, y las demas aunque concurran, no hallan objeto en que exercitar su influxo, porque está perfectamente acabado por el de la primera causa; que es decir, que lo que es propio no puede ser mas propio,

pio, como lo insinúa por su principio legal el §. 10. *Instit. de Legat.*, y lo amplian con otras leyes y autoridades el Vinnio *en su Comentar.* Olea *tit. 6. quæst. 7. n. 8. 9. y 20.* Salgad. *de Supplicat. part. 1. cap. 2. sec. 4. n. 166.* con otros muchos que refieren.

20. Pero bien pueden unirse muchas causas ó títulos, de que nazcan diversas acciones, para conservar y fortificar lo adquirido, y poder usar de alguna de ellas, quando otra se infrigiese ó caducase. Este, que es el segundo supuesto, se confirma por los mismos Autores prôximamente citados; y se funda en la disposicion literal de la *ley 25. tit. 2. Part. 3.*, la qual advierte al demandador, que quando demande la cosa por suya, exprese la causa, ó razon porque hubo el señorío de ella, "así como por compra, ó por donadío, ó por otra manera qualquier, que aquella ponga en su demanda." Esta observacion la hace por dos fines. El segundo, que expresa la ley, "es porque si acaesciese, que el demandador non prueve aquella razon, que puso en la demanda, porque decia que era suya, que la puede despues demandar por otra razon, si la oviere: é non le embargará el primero juicio, que fué dado contra él sobre aquella cosa misma, pues que por otra razon la demanda, que non ha que ver con la primera."

21. Esta ley prueba el supuesto indicado, esto es, que pueden unirse muchas causas para usar de ellas separadamente en mas segura conservacion de sus derechos; y prueba tambien mas abiertamente, que la sentencia guardó toda conformidad con la accion que se puso en la demanda, sin que extendiese sus efectos á las que no se habian producido en el juicio, pudiendo la parte usar de ellas en otro separado, acabado el primero.

22. El mismo concepto explicó la *ley 11. §. 2. ff. de Exception. rei judicat.* con estas palabras: *Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit: si postea alia ex causa petat, causa adjecta, non debet summoveri exceptione.*

23. El heredero puede usar de dos acciones, para recobrar las cosas que poseía el difunto al tiempo de su muerte, y pasáron despues á poder de otro. Una nace del título *pro herede*, y se completa probando la posesion del difunto al tiempo de su muerte; y aunque el demandado se defienda con su posesion, vencerá el actor, y le será restituida la cosa. Esta proposicion se funda principalmente en que compitiéndose las dos posesiones, una del difunto, que es anterior á la que despues de su muerte adquirió el demandado, favorece el derecho á la antigua por una razon sólida, que consiste en que la posesion en tanto es atendible, en quanto por ella se presume el dominio á favor del mismo poseedor, y queda al cargo del último probar el hecho de habersele trasladado el dominio desde el antiguo; cuya mutacion, que es de mero hecho, no se presume.

24. Por esta regla se conoce la grande utilidad que logra el heredero en usar de este título para recobrar las cosas de la herencia que se detentan, ó poseen por otros: porque siéndole mas fácil probar la posesion del difunto, y por un influxo de presuncion legal el dominio, vencerá al nuevo poseedor que se defiende con solo el título de su posesion, y podrá defenderse despues de qualquiera que intente vindicar la cosa con el hecho de que el actor no probase su dominio, que son las dos ventajas que advirtió oportunamente á todo demandador la *ley 27. tit. 2. Part. 3.*

25. Dedúcese tambien de los mismos principios insinuados, que si en el uso de la accion *pro herede*, reducida al juicio posesorio, fuese repelida no con el influxo de la última posesion, sino corroborándola con un título capaz de trasladar en aquel nuevo poseedor el dominio, será entónces absuelto, y cederá el heredero en la accion intentada.

26. Con esta distincion procedió en esta materia Gomez á la *ley 45. de Toro desde el n. 156.*, explicando largamente sus casos y circunstancias; y la apoyó, en quanto

to á la preferencia de la antigua posesion, *Posthio de Manuten. observ.* 71., y en la *decis.* 147. *n.* 1. y en la 218. *n.* 3. con Menochi. *de Præsumtionib. lib. 6. præsumt.* 62. 63. *y* 64., en donde asegura y funda, que la antigua posesion se presume continuada, y lo mismo el dominio hasta el tiempo presente, y ha de probar el nuevo poseedor, si quiere obtenerla en juicio, la mutacion ó traslacion; pues como es efecto de la voluntad del primer poseedor, no se presume el hecho de su variacion.

27. Esto es lo que dispone literalmente la *ley* 10. *titul.* 14. *Part.* 3. acerca del dominio y de la posesion, y dá la razon: "Porque sospecháron los sabios antiguos, »que todo ome que en alguna sazon fué señor de la co»sa, que lo es aun, fasta que sea provado lo contra»rio : : : : Mas si aquel que provó, que fué tenedor en »algund tiempo de la cosa sobre que es la contienda, »dice aun, é otorga, que oy en dia es tenedor de ella, »sin falla devemos sospechar que lo sea, fasta que el otro »quel refierta la tenencia, prueve el contrario."

28. Al mismo intento conduce la *ley* 3. *tit.* 7. *lib.* 7. *de la Recop.*, por la qual se dió nueva instruccion y forma para hacer efectiva la restitucion de los términos públicos y comunes de las Ciudades, Villas y Lugares que estaban ocupados por otras Comunidades, Caballeros y Oficiales, advirtiendo oportunamente, que probándose que los enunciados términos públicos y comunes están en la demarcacion de la Ciudad, Villa ó Lugar que pide la restitucion, no puede el que los ocupa defenderse con sola su posesion; y es la razon, porque fundando la Ciudad su intencion en la que adquirió mas antigua de todos los términos comprehendidos en los confines que la fuéron señalados, se presume su continuacion, y se estima violenta y turbativa la ocupacion posterior.

29. Pero si ademas de la enunciada posesion alegase y mostrase el demandado algun título procedente de la misma Ciudad, capaz de trasladar la posesion y el dominio de los términos que se quieren recobrar; vence-

rá en este juicio el demandado, y quedará á salvo, así en este caso, como en los demas correspondientes á los juicios posesorios, el derecho y accion para pedir la propiedad, como se dispone en la citada *ley* 3. *tit.* 7. y en la 27. *tit.* 2. *Part.* 3.

30. Queda demostrado por las disposiciones referidas, que la sentencia solamente acaba la accion que se deduxo en juicio. En quanto á las cosas aun debe ser mas prolija y ajustada la conformidad de la sentencia, no solo con lo que demanda, sino tambien en la forma y manera con que se pide. Esto es lo que literalmente dispone la *ley* 16. *tit.* 22. *Part.* 3. "Afincadamente deve catar »el Judgador, que cosa es aquella sobre que contienden »las partes antel en juicio; é otrosí en que manera facen »la demanda."

31. Estas dos partes se explican con mayor claridad en la misma ley con sus respectivos exemplos: "Ca si »fuere fecha la demanda antel sobre un campo, ó so»bre una viña, é el quisiere dar juicio sobre casas, ó »bestias, ó sobre otra cosa que non perteneciese á la de»manda, non deve valer tal juicio."

32. Lo mismo dispone si reduciéndose la demanda sobre el señorío de la cosa, se diese la sentencia sobre la posesion, y estos son los dos exemplos que corresponden á la diversidad de las cosas demandadas.

33. De la identidad en el modo y manera de la demanda se trata en los otros dos exemplos, reducidos, el uno á lo que se pide generalmente, como un siervo, ó caballo que se habian prometido ó mandado al actor, sin que este le nombrase y señalase en su demanda, y el Juez le señalase y nombrase en su sentencia, la qual dice la ley, que no seria valedera, y da la razon, "porque »bien así como fué fecha antel la demanda en general, en »aquella misma manera deve él dar el juicio."

34. El segundo caso y exemplo consiste en la accion noxâl, que se propone en juicio con el fin de que sea satisfecho el daño, ó entregada la bestia, ó el siervo que le hi-

hizo; y determinando el Juez en su sentencia la parte ó extremo que ha de cumplir el demandado, falta la conformidad de la sentencia con el modo ó alternativa de la demanda; y es por conseqüencia nula por el exceso que contiene, y por el agravio que causa al demandado, quitándole la opcion que le dan las leyes.

35. El propio concepto tendrá la sentencia en las rescisiones de las compras y ventas que se intentan por la lesion enormisima; pues dirigiéndose estas acciones en la forma alternativa para que se supla el precio, ó se restituya la cosa vendida, si el Juez no guarda en su sentencia la misma forma, procediendo á mandar determinadamente alguna de las dos partes contenidas en la demanda, sentirá igual efecto de nulidad por su exceso, y faltará á la conformidad que se requiere para su validacion, como se demuestra en la *ley* 56. *tit.* 5. *Part.* 5. en la 11. *tit.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.* y en el *cap.* 3. *ext. de Emption. et vendition.*

36. La sentencia guarda conformidad con las personas que litigan, quando únicamente las comprehende en su literal disposicion y en sus efectos, sin extenderlos á otras. Esta es la regla establecida por todos los derechos. La *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3. dice en su principio lo siguiente: "Guisada cosa es, é derecha, que el juicio que fuere »dado contra alguno, non empezca á otro." Y continúa con repetidos exemplos en que se asegura y confirma esta disposicion. Lo mismo se supone en la *ley* 19. *del prop. tit. y Part.* En el *cap.* 25. *ext. de Sentent. et re judicat.* se hace supuesto del mismo principio: ibi: *Quamvis regulariter aliis non noceat res inter alios judicata.* La *ley* 1. *ff. de Exception. rei judicat.* ibi: *Cum res inter alios judicatæ nullum aliis præjudicium faciant.* La *ley* 1. *Cod. Inter alios acta, vel judicat. aliis non nocer.* ibi: *Inter alios res gestas aliis non posse præjudicium facere sæpe constitutum est.* Y la *ley* 63. *ff. de Re judicat. Sæpe constitutum est res inter alios actas aliis non præjudicare.*

37. De esta regla tomáron ocasion muchos Autores pa-

para formar tratados difusos acerca de sus ampliaciones y excepciones, haciendo esta materia tan obscura, que no es fácil percibirla con la claridad que se debe.

38. Los principales que la tratáron con mejores luces fuéron el Señor Covarrubias *Practicar. cap.* 13. Scacia *de Sentent. et re judicat. glos.* 14. *q.* 12. Giurb. *decis.* 20. Gonzal. *in cap.* 25. *de Sent. et re judicat.* Salgad. *de Regia. part.* 4. *cap.* 8. *al n.* 267.

39. Bien exâminadas y combinadas las dudas que excitan y sus resoluciones, me ha parecido que pueden reducirse por un método sencillo, y para su mas fácil inteligencia, á dos proposiciones que abrazen las principales y mas comunes limitaciones de la regla, con expresion de sus causas, exponiendo como preliminar la razon en que se funda la regla, de que *res inter alios acta aliis non noceat.*

40. La razon que hay, para que la cosa juzgada entre unos no deba perjudicar á otros, consiste en que la citacion y audiencia toca en la defensa natural, y lo que se determina sin este prévio requisito es nulo, y no produce efecto perjudicial á los que no fuéron oidos en el pleyto.

41. Quando el principal interesado, que tiene la primera parte en la accion y derecho que se disputa, promueve, ó defiende la instancia, y es vencido en la sentencia que pasa en cosa juzgada, le obsta de lleno esta excepcion; pero igualmente trasciende á todos sus sucesores universales y particulares, y á qualquiera otro que traiga y derive su derecho de aquel principal que fué vencido; pues aunque las personas sean realmente diversas, se consideran en lo legal unas mismas, porque convienen en la causa próxîma del derecho que se disputó y executorió con la sentencia, y queda por virtud de ella destituido de toda accion ó excepcion el principal que litigó, que es la fuente y raiz de los demas, á quienes no pudo trasferirse lo que faltó en él.

42. En esta clase, y por las razones indicadas compre-

prehendió la *ley 29. tit. 22. Part. 3.* en la fuerza del juicio afinado *á los contendores, é á sus herederos*, y extendió sus efectos contra todos los otros "que ficiesen demanda por ellos, ó en su nome."

43. El juicio que es dado á favor del hijo contra el padre, que no quiso reconocerle, no solo perjudica á este, que es el principal que litigaba, sino tambien á todos sus parientes en razon de los bienes que pretendan heredar por el parentesco del que fué estimado y declarado por padre, como se dispone en la *ley 20. del prop. tit. 22. Part. 3.* y en la *ley 1. §. ultim.* y en la *ley 2. ff. de Agnoscend. et alend. liber.*

44. Lo mismo sucede quando se disputa la ingenuidad ó libertad, y es vencido el Señor ó el Patrono, y declarado por ingenuo ó libre el que estaba reputado por libertino ó siervo; pues esta sentencia no solo perjudica á los principales que litigáron, sino á todos los demas que exciten igual derecho, queriéndolo tomar de aquellos mismos que fuéron vencidos.

45. Lo mismo se halla establecido, y debe observarse en la sentencia que es dada contra el heredero fiduciario, que perjudique igualmente al fideicomisario. La que se da contra el heredero instituido ofende igualmente al substituto. Lo mismo se verifica en los poseedores de mayorazgo respecto de sus descendientes ó transversales, que por aquella línea ó inmediacion de su persona quieran derivar su derecho.

46. La misma *ley 20. tit. 22. Part. 3.* propone otro caso igual á los antecedentes, reducido á que, "quando »alguno desheredase sin derecho, é sin razon, á sus fijos, »ó á sus nietos, en su testamento, é dexase sus bienes á »otros herederos; si juicio fuere dado sobre esta razon »contra aquellos que amparaban el testamento, non tan »solamente empece á los que son establecidos por here»deros, mas aun á todos los otros á quien era algo man»dado en aquel testamento."

47. Tres partes contiene el caso de esta ley. La pri-

me-

mera, que la accion promovida contra el testamento es la que se llama *querela inofficiosi testamenti*, nacida de haber desheredado el padre á sus hijos ó nietos: la segunda, que este pleyto se trató únicamente con los herederos escritos en el testamento, como principales interesados y contradictores en su valor, sin audiencia ni noticia de los Legatarios; pues no hace memoria de esta circunstancia, que no omite en otros casos quando la estima necesaria para que perjudique á otros; y en la tercera parte pone la conseqüencia de que la sentencia, que es dada contra el principal, de cuya fuente y raiz procede el derecho de los Legatarios, perjudica á estos, aunque no hayan sido citados, ni tenido la menor noticia del pleyto.

48. La referida disposicion es en todo conforme á las leyes antiguas del Derecho de los Romanos, señaladamente á la *ley* 8. §. 16. *de Inof. testam.*, á la *ley* 13. y á la 28. *del prop. tit.*

49. Lo contrario se dispone en la *ley* 7. *tit.* 8. *Partida* 6. *ibi*: "Otrosí decimos, que como quier quel fijo, »ó el nieto que fuese desheredado en el testamento, lo »quebrantase por alguna de las razones sobredichas, con »todo eso, las mandas que fuéron y escritas, é las liber»tades que fuesen y mandadas, é otorgadas á los siervos, »no se embargan ni se desatan por esta razon."

50. Esta ley es arreglada en todo al derecho mas nuevo establecido en la *novela* 115., de la qual se formó la auténtica, *Ex causa, Cod. de Liber. præterit. vel exheredat.* ibi: *Ex causa exheredationis, vel præteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones: cætera namque firma permanent.* Y se adoptó y explicó en la *ley.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.*

51. Debe notarse que la preterición, que se enuncia en esta auténtica, no es relativa al padre, porque entónces sería nulo el testamento, y no procedería el caso de la *querela inofficiosi testamenti*; pero entendiéndose con respecto á la madre, es equivalente á la exheredacion del padre, y procede el mismo remedio y auxîlio á favor de los hijos.

Los

52. Los legados caducaban por el derecho antiguo, faltando la institucion de heredero escrito en el testamento, porque se miraban como accesorios y dependientes de esta cabeza principal; pero habiéndose alterado esta Constitucion por las posteriores citadas, dando su existencia independiente á los legados, aunque se irrite la institucion de heredero, con lo qual se satisface á la injuria y perjuicio que padecian los hijos en la desheredacion del padre y pretericion de la madre, quedan ilesas las demas disposiciones particulares del mismo testamento.

53. Por este medio quedan rectamente conciliadas las citadas dos leyes de las Partidas, y demostrada asimismo la conclusion de la primera, de que la sentencia dada contra el principal contradictor del pleyto perjudica á los Legatarios, en el hypotesi de que pendiese su derecho de la raiz de la institucion.

54. Por un medio enteramente contrario al que se ha insinuado en los casos referidos, se demostrará que hay otros, en que la sentencia que se da contra una persona que litiga perjudica á otras que no fuéron citadas, ni oidas. Hasta aquí se ha tratado de las sentencias dadas contra los principales interesados que tenian la primera parte en la accion y defensa de lo que se disputa: Ahora se hablará de las sentencias que se dan contra los que tienen un derecho secundario y accion mas remota en lo que se controvierte y defiende; y para que el efecto de estas sentencias trascienda con igual fuerza de cosa juzgada á los principales, á quienes toca en primer órden la accion ó defensa de lo que se disputa, es preciso que estos tengan noticia del pleyto, y que toleren que se siga y defienda por los que están en el segundo órden, que es la diferencia de las dos clases insinuadas, la misma que se percibirá con mayor claridad á vista de los casos particulares que corresponden á esta segunda.

55. La *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3. pone el primer exemplar en los que tienen á empeño ó por prenda para la seguridad de sus créditos las cosas de sus deudores, y per-

mite que con estos se siga pleyto sobre el dominio de la cosa dada en prenda; pues con esta noticia y la tolerancia de dexar correr la defensa á cargo del deudor, se entiende y presume que presta su consentimiento á estár y pasar por lo que se determinase en aquel pleyto, y que le perjudicará, con la misma fuerza de cosa juzgada, la sentencia que se diere contra el deudor, en quanto á perder la accion y derecho que tenia en la prenda, quedándole únicamente reservado el correspondiente á la cantidad de la deuda.

56. Esta es la disposicion literal de la citada *ley* 20. distribuida en dos partes: Una positiva, que es la que se ha referido; y otra negativa, ó por un sentido contrario que sirve de confirmacion á la primera, en quanto dice: "Mas si despues que fuere empeñada, entrare en »pleyto sobre ella él que la empeñó, non lo sabiendo »aquel que la tiene á peños, non le empece el juicio que »diesen contra el que gela avia empeñado."

57. Esta ley parece que se formó de la 63. *ff. de Re judicat.*, y la misma se resumió en el *cap.* 25. *ext. de Sentent. et re judicat.*

58. El segundo exemplar, que pone en esta clase la citada *ley* 20., es relativo al marido que permite que su suegro, suegra, ó muger entren en pleyto con otro sobre defender en juicio alguna de las cosas que le fueren dadas en razon del casamiento; pues en el hecho de saberlo, y no contradecirlo, le perjudica el juicio que fuere dado contra alguna de las referidas personas: "Por»que semeja, que por su voluntad fué juzgado, pues »que supo que andavan en pleyto sobre aquella cosa, é »non lo contradixo."

59. Lo mismo sucede en el comprador, que sabiendo que el vendedor entra en pleyto con otro sobre la cosa que tiene comprada, no lo contradice; "Ca si senten»cia que fuere dada contra el vendedor, torna á daño »á aquel que compró la cosa del, como quier que des»pues sea tenudo el vendedor, de gela facer sana."

En

60. En estos tres casos referidos, y en los demas en que haya de tener lugar esta limitacion de la regla, deben concurrir estas tres circunstáncias: que el que sabe y tolera que se siga el pleyto con otro, tenga la accion ó defensa en primer órden, para promoverla ó defenderla, pudiendo impedir al otro que lo execute como principal, en lo qual se encierran dos de los requisitos apetecidos; y el tercero consiste en que el derecho, que reside en el que tiene la accion de primer órden, proceda de aquel mismo á quien permite litigar.

61. El Señor Covarrubias en el *cap.* 13. *de sus Prácticas n.* 7. pone al contrario el exemplo del acreedor que tiene en su poder la prenda, y del deudor que como dueño de ella se la entregó, y dice: Que para que tenga lugar la disposicion insinuada en este caso, ha de ser el mismo deudor el que permita al acreedor, que tiene en su poder la prenda, que litigue sobre el dominio de ella, y entónces la sentencia, que contra este se diere, perjudicará al deudor en quien se conserva el dominio, y á quien atribuye la accion y defensa en primer lugar sobre la propiedad de la prenda; y esta es una de las razones de mayor momento que expone el Señor Covarrubias en el lugar citado, con otras que sirven de fundamento á su opinion.

62. Pero como esta se opone abiertamente á la citada *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3., no es lícito apartarse de su observancia y cumplimiento, para seguir el dictamen del Señor Covarrubias, aunque sea muy respetable por su autoridad y grande sabiduría. Quisiera prescindir de la obligacion que impone la citada *ley de Partida*, y de la opinion que forman las leyes de los Romanos que tambien se han referido, y sin embargo no estaria por la del Señor Covarrubias, porque sus fundamentos no me parecen adaptables al caso de que tratan las enunciadas leyes.

63. Deduce este Autor de la intencion del Jurisconsulto en la enunciada *ley* 63. *ff. de Re judicat.* tres precisas circunstancias, que deben concurrir para que tenga

lugar su decision en la forma y términos que se proponen en ella, y que admitió con entera conformidad la referida *ley de Partida.*

64. La primera circunstancia es que tenga noticia del pleyto aquel, á quien ha de perjudicar la sentencia: segunda, que le corresponda la accion y defensa directamente y en primer lugar, y no al litigante, aunque este tenga interes en el vencimiento del pleyto; y la tercera, que en él se trate del derecho y dominio del litigante, del qual como de su propio Autor haya recibido su derecho ó dominio el que permite se siga con el otro el juicio.

65. En el *n. 7. vers. Ex quibus* se explica en los términos siguientes: *Tandem in summa, ut quæstionem istam absolvamus, ex ipso Jurisconsulto deducimus, tunc demum sententiam inter alios latam aliis nocere, cum tria concurrunt simul, non alias regulariter. Primum scientia illius, cui nocere debet sententia: oportet enim, quod is sciat causam agi, et tractari. Secundum, quod hujus litis, et controversiæ defensio, et actio primo loco, præcipue, ac directe, spectet ad illum, non ad litigantem, etiamsi ejus intersit victoriam obtinere. Tertium, quod in hac lite tractetur de jure, et dominio litigantis, à quo velut ab auctore propio constat jus, vel dominium ipsius, qui patitur rem istam cum alio tractari.*

66. En todas estas proposiciones convengo con el Señor Covarrubias, y la discordia estriba únicamente en su aplicacion. En efecto este Autor entiende que al deudor le compete en primer lugar la accion ó defensa sobre la propiedad de la prenda; pues al citado *n. 7. vers. Primum* se explica en estos términos: *Cum debitori propie vere, ac primo loco competat actio, vel defensio super pignoris propietate*; y yo soy de sentir que la defensa sobre la prenda y su propiedad toca en primer lugar al acreedor, en cuyo poder se halla la cosa.

67. Esta es la proposicion capital que decide la qüestion. Á mi parecer se prueba con toda demostracion, teniendo presente que en el pleyto que se trata con el deu-

deudor, sobre el dominio y propiedad de la cosa que él mismo dió en prenda á su acreedor, es demandado con la accion real vindicatoria por otro que pretende ser dueño de la misma cosa, y ocupa aquel en este juicio el lugar de reo, á quien compete la defensa.

68. Esto está bien descubierto en la citada *ley* 20. por aquellas palabras: *fuere vencido*, y por las siguientes: *el juicio que diesen contra él*; sin que se halle alguna que indique, que el deudor sea actor en el juicio. Lo mismo se percibe de la citadá *ley* 63. ibi: *Veluti si creditor experiri passus sit debitorem de propietate pignoris*: debiendo notarse la fuerza de aquella expresion *experiri*, que manifiesta que el deudor era reconvenido por otro; pues si fuera actor deberia decir: *Si creditor agere passus sit debitorem de propietate pignoris.* Ademas de que no habia proporcion, para que como actor tratase del dominio de una cosa que él mismo habia dado en prenda á su acreedor, y en cuya posesion se hallaba este.

69. Con este supuesto, que es la especie del pleyto que se trae por exemplar en las leyes referidas, se procede á demostrar dos proposiciones. La primera, que el actor que usa de accion real procedente del dominio, mira como objeto de este juicio la restitucion de la cosa en que pretende tenerlo, y debe dirigir su accion contra aquel que la tiene en su posesion y tenencia. Vinnius §. 1. *Institut. de Actionib. vers.* 16. *et* 17. *Ley* 25. *ff. de Obligat. et action.* ibi: *In rem actio est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, pettimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet. Ley* 36. *de Rei vindicat.* ibi: *Qui pettitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit, vel dolo desiit possidere. Ley* 80. *eod. tit. ley* 29. *tit.* 2. *Part.* 3. *ibi*: "Tenencia, ó Señorío, queriendo demandar un ome en juicio á otro, : : : : devela pedir á aquel que la fallare."

70. En la segunda proposicion se probará con igual evidencia, que el acreedor, á quien se dió la cosa en prenda, adquiere la posesion. *Ley* 16. *ff. de Usucapionib.*

ley

ley 35. §. 1. *ff. de Pignorat. action.* ibi: *Pignus, manente propietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem. Ley.* 40. §. 2. *eod. ley* 1. §. 15. *ley* 36. *ff. de Adquirend. posses.*, y la 14. *tit.* 13. *Part.* 5.

71. Sale por legítima conseqüencia de las dos proposiciones antecedentes, que la demanda que se intente sobre la propiedad de la cosa se ha de poner precisamente contra aquel que tenga la posesion de la cosa empeñada por prenda, y que este debe ser el principal reo, á quien toca en primer lugar su defensa, como tambien se prueba en la citada *ley* 29. *tit.* 2. *Part.* 3. "É el tenedor »devese amparar, é responder sobre ella; fueras ende si »la oviese, é la guardase en nome de otro, é non se »atreviese, ó non quisiese entrar en juicio, para ampa»rarla."

72. Si el actor, que usa de la accion real vindicatoria, la dirige contra el que estaba tenido por dueño de la misma cosa que habia empeñado, poco fruto sacaria de este juicio, aunque venciese al demandado: porque no podia restituirle la cosa, ni el Juez le podia compeler á su entrega, pues se hallaba en la posesion de otro, con quien debió entenderse primeramente este juicio.

73. Resumiendo por último todas las proposiciones antecedentes se concluye necesariamente, que toca al acreedor defender en primer lugar la prenda que le está entregada, en la que adquirió posesion: que pudo impedir á su deudor aunque se tuviese, ó titulase dueño de ella, que entrase en la defensa del pleyto contra el que la intentaba vindicar: que por el hecho mismo de haber sabido que el deudor tomaba á su cargo defender la propiedad de la prenda, permitiéndole que siguiese aquel juicio como principal, se entiende que prestó su tácito consentimiento á estar y pasar por la sentencia que se diere; y siendo contra el deudor, aunque este no tuviese la posesion, ni pudiese restituir la cosa, obligaba la sentencia al acreedor á cumplir con la entrega y restitucion de la prenda que tenia en su poder; quedán-

do-

dole á salvo, como se ha dicho, la accion contra su deudor, para pedir lo que le estaba debiendo por efecto de la obligacion precedente á la prenda.

74. Resulta tambien que este derecho, y posesion adquirida en la prenda, tuvo su orígen del mismo deudor que litigó, concurriendo unidas en este caso todas las tres circunstancias que consideró necesarias el mismo Señor Covarrubias, y quedan explicadas.

75. Por la serie de los casos que forman la limitacion de la regla, de que la cosa juzgada no perjudique á otros, viene á quedar expedito el conocimiento práctico de la misma regla, por la qual se debe estar y juzgar en qualquiera duda que ocurra; y se manifiesta al mismo tiempo la verdadera inteligencia de la otra regla que obliga á que la sentencia sea conforme al libelo, extendiéndola sobre estos conocimientos de un modo sencillo que abraze con claridad las personas, las acciones ó excepciones, y las cosas que se han tratado en el juicio, como se verá mas claramente por el tenor de la sentencia difinitiva que debe dar el Juez en el juicio que se propuso por objeto de estos Apuntamientos.

Sentencia difinitiva. En la Villa de T. á tantos de tal mes, y año. El Sr. N. vistos estos autos dixo: Que debia declarar, y declaró, que la Parte de N. probó bien y cumplidamente su accion y demanda; y que no lo hizo la de N. de la excepcion, compensacion, y mutua reconvencion que ha propuesto en ellos; y en su conseqüencia, debia de condenar y condenó á dicho N., á que en el término de nueve dias pague al nominado N. los 10∂. reales de vellon, porque ha sido demandado, y por esta su sentencia así lo proveyó y mandó.

PAR-

PARTE SEGUNDA.

CAPÍTULO I.

De la nulidad de la sentencia difinitiva.

1. Hasta aquí hemos explicado con la posible claridad todos los trámites del juicio, y el modo de introducir y dirigir las partes que litigan sus acciones, hasta obtener la declaracion del derecho que les compete por medio de la sentencia difinitiva que el Juez de la causa pronuncia. Desde ahora empezarémos á tratar con igual distincion de los medios por donde la parte, que se sintiere agraviada en dicha sentencia, puede reparar los perjuicios que el Juez le hubiere irrogado con ella, procurando hacerla nula, y de ningun valor y efecto.

2. La nulidad pues de la sentencia puede intentarse como accion directa sola, ó como acompañada de la apelacion. De estos dos medios hacen mérito el Señor Covarrub. *Practicar. cap.* 24. *n.* 7. *in fin. et* 8. *vers. Verum.* Vantius *de Nullitat. tit.* 6. *cap. Quot, et quibus modis nullitas. nn.* 2. 9. 11. *et* 12. Altimar. *de Nullitatib. rub.* 1. *q.* 3. *n.* 19. Scacia *de Appellationib. q.* 19. *remed.* 1. *conclus.* 3. *n.* 1. *conclus.* 4. *nn.* 1. 92. 93. *et conclus.* 5. *n.* 64., con otros Autores que refieren en los lugares citados, quienes exponen la forma en que debe intentarse la accion directa de nulidad por los dos medios indicados; pero se percibirá mejor reduciendo cada uno de ellos al método y conclusion de los escritos correspondientes.

3. N. en nombre de N., vecino de esta Villa, en los autos con N., sobre pago de 100. reales de vellon, y otras cosas que se han deducido en ellos, digo: Que por sentencia dada y pronunciada en 10. del presente mes de Enero se sirvió Vm. declarar y mandar: : : : (*aquí el tenor*

nor substancial de la sentencia) Y hablando con la debida moderacion contiene dicha sentencia notoria nulidad, y es de ningun valor y efecto: Lo primero, porque se dió sin la prévia citacion de las partes: Lo segundo, porque no se hizo publicacion de testigos, sin embargo de haberlo pedido mi parte en tiempo y forma::::: (*aquí se expresan las causas específicas en que se funda la nulidad*) Por todo lo qual: Suplico á Vm. se sirva estimar y declarar por nula, de ningun valor y efecto la citada sentencia, y reponiendo y supliendo los defectos que van indicados, proveer y determinar en esta causa, conforme á las pretensiones de mi parte, en todo lo favorable, por ser de justicia que pido, costas &c.

4. N.::::: (*se continúa lo mismo que en el antecedente escrito, hasta referir el tenor de la sentencia*) La qual, hablando con la debida moderacion, es nula, de ningun valor y efecto; y quando sea en sí alguna, es injusta, gravosa y perjudicial á mi parte: Porque:::: (*aquí se expresan en resumen y con la posible brevedad las causas en que se funda la nulidad, y se indican al mismo tiempo las que manifiestan la injusticia en el todo ó parte de la sentencia, y se concluye*) Por tanto, y apelando en forma de la citada sentencia: Suplico á Vm. se sirva admitirme dicha apelacion, y mandar se me dé el testimonio correspondiente para usar de él, y mejorarla en la Real Chancillería &c., por ser de justicia que pido &c.

5. Tambien se puede hacer uso de la nulidad que contenga la sentencia por incidencia de la apelacion, y esto tiene lugar quando solo se habla de su injusticia ante el Juez que la dió, y se apela de ella para el Tribunal superior, en donde podrá motivarse la nulidad al mismo tiempo que se expongan las causas y fundamentos de la injusticia. Y este es el tercer medio que señalan los mismos Autores.

6. Para proponer y formalizar la accion directa de nulidad conforme al primer medio, señalan las leyes el término perentorio de 60. dias, contados desde la noti-

ficacion de la misma sentencia, como se dispone en la *ley 2. tit. 17. lib. 4. de la Recop.*, sin que pueda usar de este remedio pasado el dicho tiempo, como se manifiesta en la dicha ley: *ibi*: "Si alguno alegare contra la sen»tencia que es ninguna, puédalo decir hasta 60. dias »desde el dia que fuere dada la sentencia; y si en los »60. dias no lo dixere, no sea oido despues sobre esta »razon."

7. Este mismo término prescribe al recurso de nulidad, quando se intenta como accion principal juntamente con la apelacion, en la forma del segundo medio que se ha propuesto. La diferencia de este al primero únicamente consiste en que para salir acompañado de la apelacion, y correr mejor suerte en su progreso, necesita anticipar y atemperar su uso al término de la apelacion.

8. La *ley 32. tit. 2. Part. 3.* hace particular encargo á los que han de pedir y demandar sus derechos, que lo hagan ante aquel Juez que ha poder de juzgar al demandado. Al mismo fin, y por lo mucho que importa que se empiezen y continúen los juicios en los Tribunales competentes, para no exponerlos á nulidades, y que sean ilusorias las determinaciones con daño del Público y de las partes, trabajáron mucho los Autores en señalar y declarar los fueros y sus causas, tanto para las demandas, como para las reconvenciones, formando á este intento tratados difusos, que se podrán consultar en los casos que ocurran, señaladamente el *de Judiciis* de Carleval.

9. Con el mismo conocimiento de lo mucho que importa no equivocar el Juez, ante quien se han de poner las instancias, recursos y apelaciones sobre las nulidades que contengan las sentencias difinitivas, han explicado este artículo los Autores que tratáron de intento toda su materia; pero lo hacen con tanta variedad en sus opiniones, y con fundamentos tan arbitrarios, tomados en la mayor parte del derecho de los Romanos, que no es fácil á los Profesores modernos asegurarse del Juez, ante quien pueden y deben tratar de la nulidad de las

sen-

sentencias difinitivas, que se dieren contra las partes que defiendan.

10. El Señor Covarrubias *en el cap. 24. de sus Prácticas al n. 6. vers. Tandem*, trata de la nulidad que se intenta como accion principal, independiente y separada de la apelacion y de qualquier otro remedio, y estima en primer lugar, que pendiente el juicio de nulidad no se debe hacer novedad en la causa principal.

11. Con este supuesto procede luego á exâminar si se ha de tener y revocar inmediatamente por atentada la novedad que se hiciere pendiente aquel juicio de nulidad, y se explica con la siguiente distincion: *Quod si novatio facta fuerit ante inhibitionem judicis superioris, qui de nullitate cognoscit, non erunt attentata revocanda ante omnia, revocabuntur tamen omnino, si fuerint post hanc inhibitionem attentata.* En estas palabras manifiesta claramente, que estaba pendiente el juicio de nulidad intentada como accion principal ante el Juez superior del que habia dado la sentencia, sin que haga memoria, ni resuelva, si podria tratarse de la misma nulidad ante el Juez que la causó en su sentencia.

12. Al núm. 8. hace supuesto de la nulidad introducida como accion principal juntamente con la apelacion, y si esta quedase desierta, es de dictamen que puede continuarse la nulidad por sí sola. Esta proposicion discretiva confirma, que en el anterior núm. 6. trató de la nulidad producida por sí sola sin auxîlio de la apelacion ante el Juez superior del que dió la sentencia, y en el mismo Juez superior radica el conocimiento de la que se interpuso con la apelacion, aunque esta se haya desamparado.

13. Acevedo en la *ley 2. tit. 17. lib. 4. nn. 1. 2. y 3.* pone en arbitrio del actor introducir y formar el juicio de nulidad ante el Juez Ordinario que dió la sentencia, ó ante el Tribunal superior, recurriendo á este por via de queja. Vantius *de Nullitat. tit. 3. n. 8.* conviene en que se puede tratar de la nulidad ante el mismo Juez

que dió la sentencia, ó ante el superior. Á este dictamen pone una limitacion, reducida al caso en que la nulidad de la sentencia proceda por injuria, soborno, ó otra iniquidad del Juez; pues entónces no permite se intente que conozca de ella el mismo que dió la sentencia, porque aunque la parte quisiera confiarse de aquel Juez, no se le puede obligar á que lo sea de su propia iniquidad.

14. Altimari *de Nullitatib. part.* 1. *rub.* 3. *n.* 15. hace tambien electivo el uso de la nulidad intentada por accion principal ante el mismo Juez que dió la sentencia, ó ante su Superior; siguiendo la opinion de Scacia *de Appellationib. q.* 19. *conclus.* 6. *n.* 86.

15. El Autor de la Curia Philipica habla con obscuridad del caso propuesto *en su primera parte* §. 18. *n.* 15. *ibi*: "La causa de la nulidad se ha de pedir y tratar, no »se habiendo apelado de la sentencia, ante el mismo Juez »que la dió: y habiéndose apelado de ella, ante el Superior, sino interpuso la apelacion de la nulidad principalmente, sino simplemente por incidencia de la causa »principal."

16. Por este modo de explicarse parece que solo permite el conocimiento de la nulidad al Juez superior, quando se ha recurrido á él por via de apelacion; y niega de consiguiente el recurso de queja ó nulidad intentada principalmente ante el mismo Superior.

17. Paz *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 12. *n.* 8. solo hace mérito del conocimiento que compete al Juez que dió la sentencia para declarar sobre su nulidad, sin que recuerde el que pudiera corresponder al Superior: *ibi*: *Contingit aliquando, quod postquam sententia diffinitiva lata est, adversus eam agitur per viam nullitatis, et si appareat nullam esse, Judex qui eam protulit, retractare poterit.*

18. Bien reflexîonadas las opiniones de los Autores citados, me parece que convienen en la conclusion principal, de que la nulidad puede intentarse, conocerse de ella, y declararse ante el Juez que dió la sentencia difini-

nitiva, ó en el Tribunal superior, consistiendo la diferencia solamente en el modo de explicarse, ó en que unos tratáron de los dos medios, y otros habláron determinadamente de alguno de ellos, sin excluir el otro de que podrian usar tambien las partes.

19. Aunque están los referidos Autores bastantemente complicados en la exposicion de la teórica y de sus fundamentos acerca del caso propuesto, que es el de la nulidad de la sentencia difinitiva intentada como accion principal, sola é independiente de la apelacion y de otro remedio, autorizando el conocimiento del Juez inferior que dió la sentencia con las Leyes y Cánones que refieren, añade el Paz con este propósito la *ley 2. tit. 26. Part. 3. ibi*: "Aquel mismo Judgador que dió su juicio „por falsos testigos, ó por falsas cartas, lo puede desfa„cer él, ó otro su Mayoral, si gelo pidieren, é lo pro„varen;" y al mismo intento conduce mas expresamente la *ley 13. tit. 22. de la misma Part.*, asegurando, que aunque no se haya apelado de la sentencia difinitiva, si se intentase y provase despues, que fué dada "por fal„sos testigos, ó por falsas cartas, ó por otra falsedad qual„quier, ó por dineros, ó por don con que oviese cor„rompido el Juez," que se puede, y debe desatar tal juicio.

20. No pudiendo pues caber duda, en que el juicio dado con la falsedad y corrupciones indicadas contiene iniquidad y nulidad que impide el concepto de sentencia y los efectos de cosa juzgada, se convence por la letra de la citada *ley 2. tit. 26. Part. 3.* que puede conocer de esta nulidad, y de qualquiera otra que se intente como accion principal, sola é independiente, el Juzgador que dió el juicio, ó su mayoral.

21. Acerca del modo y forma con que se ha de proponer la accion de nulidad en los respectivos Tribunales están diminutos los referidos Autores. Paz en el lugar citado reduce su instruccion á la nulidad intentada ante el mismo Juez que dió la sentencia; y no la extiende á

que

que se haya de producir en el Tribunal superior, al qual debe recurrirse en la forma siguiente.

M. P. S.

22. N. en nombre, y en virtud del poder que en debida forma presento, de N., vecino de N.; ante V. A. me presento por el recurso de nulidad, queja, agravio, ó el que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos del Alcalde mayor de la expresada Villa, especial y señaladamente de la sentencia difinitiva, que en 10. de Enero próxîmo dió y pronunció en los autos que mi parte ha seguido en su Tribunal con N. de tal vecindad, sobre paga de 10∂. reales de vellon, por la qual :::: (*aquí el tenor substancial de la sentencia*) Y constando por su literal contexto, y por el de los mismos autos, que es nula, de ningun valor, ni efecto, y notoriamente injusta, como dada sobre instrumentos y testigos falsos, sin publicacion de probanzas, conclusion, ni citacion :::: (*aquí las causas en que se motive y funde la nulidad*) Por tanto: Á V. A. suplico, que habiendo por presentado dicho poder, y á mi parte por el recurso de nulidad, ó el que mas haya lugar en derecho, se sirva mandar librar la Real Provision conveniente con emplazamiento en forma á la parte contraria, para que el referido Alcalde mayor remita los autos originales dentro del breve término que se le señale, sin proceder *ad ulteriora*; y venidos que sean, estimar y declarar la nulidad de la citada sentencia, reponiéndola con todo lo obrado en su execucion, y devolviendo los autos á dicho Alcalde mayor, para que los determine en lo principal, conforme á justicia que pido &c.

23. Tambien podria prepararse este recurso ante el mismo Juez que dió la sentencia, indicando la nulidad que contiene, y concluyendo con la sencilla pretension de que para proponer y mejorar mas en forma el competente recurso de nulidad en el Tribunal superior, le man-

mandase dar testimonio de la enunciada sentencia, y de esta pretension introducida en tiempo y forma; y con este testimonio se presenta ante el superior, en la misma forma que se contiene en el anterior escrito.

24. El Juez superior del Alcalde mayor que dió la sentencia difinitiva, de cuya nulidad se trata, puede ser la Chancillería de Granada, á cuyo superior Tribunal podrá recurrirse por via de queja, proponiendo derechamente la nulidad; no obstante que opine lo contrario Acevedo á la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *n.* 2., en donde supone que el Juez superior para introducir y admitir el recurso de nulidad no es la Chancillería, á donde dice que solo puede recurrirse por via de apelacion.

25. Esta opinion no tiene el menor fundamento, y la resisten las leyes que tratan de las Chancillerías y Audiencias. La 1. *tit.* 5. *lib.* 2. dispone, que una de las Audiencias resida continuamente en la Villa de Valladolid; y dá la razon, por ser Villa noble y convenible para ello: Que la otra Audiencia, que ántes residia en Ciudad Real, esté en la Ciudad de Granada, por igual razon de estar, como está, en comarca mas conveniente de todas las Ciudades, Villas y Lugares de la Andalucía, y Reyno de Murcia.

26. Esta ley, como todas las que se han establecido para la buena administracion de justicia, miran como primer objeto la conveniencia de los vasallos en los ménos gastos, y en el menor tiempo para alcanzar su justicia; pues en estos dos artículos consiste su propio interes y el de la causa pública.

27. Con la misma consideracion de reunir estos dos objetos, se dividiéron los territorios correspondientes á cada una de estas dos Chancillerías en la *ley* 2. *del propio tit. y lib.*, y se ordenó, entre otras cosas, que todos los Concejos y Universidades, como tambien las personas, vecinos y moradores de ellos, que estuvieren allende del rio Tajo, hayan de ir á la Chancillería de Granada con todos sus pleytos, causas y negocios, de que segun

gun las Leyes y Ordenanzas de estos Reynos pueden conocer los Oidores, Alcaldes y Notarios.

28. En la referida coleccion universal de todos sus pleytos, causas y negocios se comprehenden necesariamente los que se intenten sobre nulidad de las sentencias difinitivas, que se dieren por los Jueces inferiores de aquel territorio; y no se halla en algunas de las *leyes del citado tit.* 5., ni en otros que yo haya visto, que se limite, excluya, ni prohiba el que conozcan las Chancillerías de los negocios y causas sobre nulidad intentada principalmente por sí sola y sin el auxîlio de la apelacion.

29. En la *ley* 3. *de dicho tit.* 5. se ratifica haberse ordenado estos Tribunales antiguamente, para que los pleytos y contiendas, que en ellos hubiesen, fuesen prestamente librados y determinados por justicia y derecho; y en esta generalidad confirma que deben ir á estos Tribunales todos los pleytos y negocios de su territorio, salvo aquellos que expresamente estuviesen exceptuados; comprobando tambien el fin de su ereccion para la mas pronta expedicion de la justicia, y conveniencia de los súbditos y naturales de estos Reynos.

30. En el progreso de la misma *ley* 3., despues de aumentar el número de los Oidores que deben residir en cada una de las dos Chancillerías, y distribuirlos en quatro Salas, les manda que oigan, libren y determinen de todo en todo, así en primera instancia, como en grado de apelacion ó suplicacion, todos los pleytos y causas que en la tal Sala se trataren.

31. Las *leyes* 10. 11. *y* 34. *del referido tit. y lib.* disponen lo conveniente acerca de que en las Chancillerías se vean los pleytos, que por regla general se mandan remitir á ellas, aun de los que estaban pendientes en el Consejo, reservando únicamente los que estuviesen sentenciados en vista; y esto se dispone tambien en las *leyes* 21. *y* 24. *tit.* 4. *lib.* 2. Muchos de los tales pleytos y negocios van á las Chancillerías en primera instancia,

otros

otros sin apelacion, por simple querella ó recursos, ampliándose su conocimiento por la *ley 36.* á las fuerzas que cometen los Jueces Eclesiásticos en no otorgar las apelaciones.

32. Todas las enunciadas disposiciones, que han reunido en las Chancillerías el conocimiento general de los pleytos y negocios de sus territorios con los dos fines ya indicados, y con el particularísimo de que los Ministros del Consejo estén mas libres para entender en otras muchas cosas cumplideras al servicio del Rey y á la buena gobernacion de sus Reynos, como se expresa en la citada *ley* 11., manifiestan que se puede y debe recurrir á las Chancillerías, no solo por via de apelacion, sino tambien por querella de nulidad, y por qualquiera otro medio que sea conveniente á que la justicia se administre con la brevedad posible.

33. Si para tratar de la nulidad principalmente, puede tomar el actor á su arbitrio los dos caminos señalados, haciéndolo ante el Juez inferior, ó en el Tribunal del superior; conviene mucho reflexîonar qual de estos dos medios sea mas ventajoso y seguro á la misma parte interesada y á la causa pública.

34. Si la propone ante el Juez inferior que dió la sentencia, tocará al primer aspecto el desabrimiento que regularmente causa á los hombres el que les impugnen sus determinaciones, y mucho mas haciéndolo por causas que descubren su ignorancia, culpa ó iniquidad; pues hay muy pocos que quieran conocer y confesar sus yerros, y mucho ménos su malicia.

35. Porque si la nulidad se funda en que el poder no fué suficiente, en que no se hizo publicacion de probanzas, habiéndola pedido la parte, ó en que no se concluyó, ni citó para sentencia, ó en qualquiera otro defecto substancial que resulte de los mismos autos, arguye ignorancia ó culpa en el Juez; por no haberse instruido bien de los hechos del proceso, como disponen las leyes citadas en el capítulo antecedente próxîmo, ó no haber co-

nocido los defectos legales que contenian.

36. Y si la nulidad se funda en colusion del Juez, soborno, ú otra causa que irrogue nota, será mas duro que la confiese y manifieste en su sentencia, declarando ser nula por esta razon la que habia dado en la causa principal; y no es justo, ni conveniente ponerle en el estrecho de que falte nuevamente á la justicia, desestimando la nulidad propuesta.

37. Este pensamiento y sus fines se confirman en la *ley* 7. *tit.* 10. *lib.* 2. Por ella se manda, que el Ministro del Consejo, Oidor, ó Alcalde que fuere recusado, si la parte pidiere que jure sobre la recusacion, siendo las causas estimadas por bastantes, sea obligado á jurar, declarar y responder á las preguntas *no criminosas.*

38. En el no esperado caso de que el Juez inferior estimase y declarase la nulidad de su sentencia, puede apelar de ella la otra parte para el Tribunal superior, como se dispone en la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4.; y aunque se confirme en vista la sentencia dada por el inferior sobre la nulidad, tendrá lugar la súplica por la regla general que establece la *ley* 5. *del propio tit. y lib.*; pues solo restringe su disposicion á prohibirla, quando por el Tribunal superior se confirman dos sentencias conformes, dadas de grado en grado por Jueces inferiores.

39. Por este órden se demuestra, que el juicio de nulidad intentada ante el Juez inferior no excusa á las partes las dilaciones y gastos que se han de causar, siguiéndose despues por apelacion en el Tribunal superior en vista y revista.

40. Si desde sus principios, omitiendo el juicio de nulidad ante el inferior, se propusiese ante el superior, se lograrán conocidas ventajas en todo: porque aquellos Jueces no están ligados con las notas que padece el inferior que dió la sentencia, de cuya nulidad se trata; y con las dos sentencias en que la declaren, se causa executoria, como se dispone en la *ley* 3. *tit.* 17. *lib.* 4.

41. Por estas consideraciones, y otras que se omiten de

de intento por no ser necesarias, se convence la utilidad y seguridad de proponer y seguir la nulidad como accion principal ante el Juez superior del que dió la sentencia.

42. Algunos de los Autores referidos atribuyen al juicio de nulidad efectos suspensivos en todos los procedimientos del Juez que dió la sentencia, considerándolos por atentados, y preservan por los mismos principios el tiempo de la apelacion, para interponerla y continuarla acabada la nulidad.

43. El Señor Covarrubias, en el citado *cap. 24. de sus Prácticas n. 6. vers. Tandem*, explica su opinion en los términos siguientes: *Quandoque principaliter agitur de nullitate ad rescissionem sententiæ, vel ejus actus, qui nullus esse censetur; tunc sane opinor magis receptum esse, nihil fore novandum pendente hoc judicio, donec finita sit nullitatis causa.* En esto manifiesta claramente, que el Juez que dió la sentencia, de cuya nulidad se trata, queda ligado desde el punto que se introduce la nulidad, para no continuar, ni dar un paso en la causa principal.

44. Continúa en el mismo lugar con la siguiente distincion: *Quod si novatio facta fuerit ante inhibitionem judicis superioris, qui de nullitate cognoscit, non erunt attentata revocanda ante omnia, revocabuntur tamen omnino, si fuerint post hanc inhibitionem attentata.*

45. Tres observaciones se ofrecen en la distincion propuesta. Una, que el efecto de suspension impeditivo de toda novedad en el Juez que conocia de la causa principal, lo atribuye al juicio de nulidad pendiente ante el Juez superior: Otra, que con solo estar pendiente este juicio, sin haberse expedido la inhibicion, ni intimádose al Juez superior, queda en la clase de atentado qualquiera novedad que haya hecho en el progreso de la causa, y únicamente la preserva de su reposicion executiva, dilatándola para el fin del juicio de nulidad; y la última observacion consiste en que despues de la inhibicion el Juez superior repone inmediatamente como atentado quanto hubiese obrado despues de ella.

46. Acevedo en la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *n.* 8. dice: Que ya se proponga y siga la nulidad ante el Juez mismo que conoció de la causa principal, y dió la sentencia, ó ya ante el superior, se impide y suspende el curso de los dias señalados para apelar, concurriendo dos calidades: Una, que la nulidad se intente dentro del mismo término de la apelacion; y otra, que haya justa y probable causa para introducirla y seguirla, y que no se haga con temeridad y ánimo de dilatar la causa principal; pues unidas las dos circunstancias, de haberse propuesto la nulidad dentro del término señalado para apelar, y hacerlo con causa probable, aunque sucumba en este juicio, y se declare que la sentencia no contiene la nulidad que pretendia, puede no obstante interponer despues la apelacion de la citada sentencia principal.

47. Scacia es del mismo dictamen en lo principal, y en las dos calidades de proponerse la nulidad dentro del término de la apelacion, y tener causa probable en que se funde. Así lo explica en diferentes partes, señaladamente en la *q.* 12. *de Appellationib. n.* 61. en los siguientes términos: *Numquid si fuerit dictum de nullitate infra decem dies, eaque nullitate pendente, labantur decem dies ad appellandum, possit adhuc appellari post lapsos decem dies; quia pendente judicio nullitatis non currit tempus ad appellandum.* Y al *núm.* 169. añade: *Si aliquis, agendo principaliter de nullitate, dicat sententiam nullam, quia pendente causa nullitatis non currit tempus decem dierum ad appellandum, quamvis agens sucumbat, dummodo non egerit calumniose de nullitate, aut ex causa improbabili: secus si calumniose aut ex causa improbabili, quia tunc curreret tempus; nam temeritas sua non debet ei prodesse.* Lo mismo repite en la *q.* 15. *art.* 3. *n.* 91.; y en la *q.* 19. *remed.* 1. *concl.* 4. *n.* 20.

48. Del mismo modo explicó su dictamen en este artículo y sus efectos Vantius *de Nullitat. tit.* 8. *p.* 2. *nn.* 12. 13. *y* 14.

49. Don Francisco Salgado *de Reg. p.* 4. *cap.* 3. trató

tó de intento y con mucha extension de los procedimientos de los Jueces executores mixtos ó meros; y distinguiendo con toda propiedad los agravios qualificados, que causan quando exceden de su potestad, de los que llama simples ó de injusticia dentro de los límites de su jurisdiccion, procede á señalar los medios de reparar ó enmendar sus excesos, y pone en primer lugar el de la querella ó recurso de exceso, que considera equivalente en todos sus efectos al de nulidad intentada como accion principal, repitiendo muchas veces esta proposicion como supuesto de su doctrina, especialmente á los *nn.* 130. 139. 229. *y otros siguientes.* Y á la verdad no podia ménos de conocer que el exceso y la nulidad eran una misma cosa: porque el Juez, que excede de su potestad y jurisdiccion, obra como privado, y es uno de los defectos capitales para convencer de notoria la nulidad de sus procedimientos.

50. A este intento, y en demostracion de este principio, se explicó el Jurisconsulto Paulo en la *ley* 20. *ff. de Jurisdiction. Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere.* La misma sentencia se repite en la *ley* 1. *Cod. Si à non compet. judic.*

51. Supone tambien el mismo Salgado en repetidos lugares del citado *cap.* 3., que la sentencia ó providencia que da el Juez executor es apelable y susceptible de nulidad, pudiendo usarse de los dos medios separadamente al mismo tiempo; y con estos preliminares se propone la duda, de si introducida la querella de exceso ó nulidad de lo obrado por el executor, y pendiente la causa ó juicio de este artículo, correrá el tiempo señalado para apelar de la injusticia ó simple gravámen que contenga dicha sentencia, ó si quedará desde aquel tiempo suspenso, y podrá usar de este remedio, quando pierda en el de la nulidad ó exceso.

52. A esta duda responde con resolucion positiva, que no corre el tiempo de la apelacion, y que se suspen-

pende: *ibi*: *Interim terminum ad appellandum à simplici gravamine non currere, sed potius suspendi.* Omite exponer en comprobacion de este dictamen muchas cosas que se le ofrecian, y se satisface y asegura en él con el sólido fundamento que refiere en el siguiente *n.* 131. ibi: *Moveor eo validissimo fundamento, etenim generaliter verum est, quod agenti de nullitate sententiæ non currit tempus decem dierum ad appellandum ab ejus injustitia, quamvis agens sucumbat, dummodo calumniose nullitas non intentetur, aut ex causa evidenter improbabili.* Refiere en este lugar los Autores que estiman por comun esta opinion, como si dixera, que sigue este camino porque lo anduviéron otros.

53. Resumiendo lo que con tanta generalidad, obscuridad y confusion han expuesto los Autores citados, haciendo por el número de sus opiniones que llegase á ser comun, no he podido conformarme con ella, ni convencer el entendimiento á que su observancia traiga alguna utilidad á la causa pública, ni á las partes; ántes bien hallo gravísimos perjuicios que desearia se enmendasen por aquellos medios mas sencillos, expeditos y de ménos gastos.

54. Esta proposicion, en que consiste mi dictamen, contiene dos partes. En la primera indicaré los perjuicios que concibo en que siga la opinion de que propuesta la nulidad ó querella de exceso se suspenda, y no corra el término de la apelacion; y en la segunda manifestaré los medios de enmendarlos con grandes ventajas de la causa pública, y de las mismas partes que litigan.

55. Supongo que la opinion, que llaman comun los referidos Autores, no se funda en ley alguna del Reyno; pues ninguna hay, ni ellos la enuncian, en que se disponga ó declare, que el juicio de nulidad impida el curso de la apelacion, y haga dormir la jurisdiccion en la causa principal; y esta omision, aunque solo forma un argumento negativo, es de alguna autoridad á vista de que las mismas leyes del Reyno provéen lo conveniente sobre el

el tiempo en que debe proponerse la nulidad, sobre el Juez que puede conocer de ella, sobre que de la sentencia que se diere no pueda interponerse otra nulidad, aunque pueda admitirse apelacion; y por último disponen que estos juicios procedan y se substancien por un órden comun, haciendo otras declaraciones correspondientes á las sentencias del Consejo; y es de inferir, quando están tan diligentes en prevenir lo que debe observarse en estos juicios de nulidad, que hubieran tambien declarado, si desde que se interpone impedia el término de la apelacion, y lo suspendia hasta que se acabase el referido juicio, habilitando desde entónces, si perdia aquella instancia, al que la habia introducido, para que pudiera usar de la apelacion, y enmendar por este medio la injusticia ó agravio que le producia la sentencia dada en la causa principal.

56. Es cierto que la opinion de muchos debe mirarse con respeto; pero no tanto que impida buscar contra ella la verdad, como lo advirtió y observó San Agustin *lib. 3. de Baptism. cap. 3. Nec nos deterret cujuscunque Doctoris etiam sublimis auctoritas, ut contra illam veritatem non indagemus.*

57. La apelacion es un beneficio que segun naturaleza y por humanidad conceden los Reyes á los que se consideran ofendidos ó agraviados por iniquidad, ó ignorancia de los Jueces; y al mismo tiempo gozan de este auxîlio para suplir y enmendar lo que las mismas partes omitiéron en las instancias precedentes, pudiendo alegar y probar lo que no alegáron y probáron en ellas. Esto es lo que substancialmente disponen las leyes acerca de las apelaciones y sus fines, señaladamente la 1. *tit.* 23. *Part.* 3.: la 1. *tit.* 18. *lib.* 4.: la 4. *tit.* 9. *lib.* 4.: la 4. *tit.* 10. *Part.* 7., con las *leyes* 1. *ff. de Appel.* y la 6. §. 1. *Cod. eod.*

58. Este beneficio no se da al que no le quiere, ni tampoco basta quererle para gozarle; sino que es preciso que explique su voluntad en el tiempo y forma que se-

señalan las mismas leyes. Esta explicacion ó declaracion de la voluntad se hace con palabras, ó con hechos, y ni uno, ni otro se halla en el caso de que se trata. No hay palabras, porque no se apeló, siendo este el supuesto de la qüestion; pues estariamos fuera de ella, si se hubiera apelado al mismo tiempo en que se propuso la nulidad, ni podria haber duda en que se radicaria entónces este auxîlio, y podria la parte usar de él, y continuarle en tiempo oportuno.

59. El caso está reducido á una querella de nulidad y exceso independiente y solo; y de este hecho no se puede inferir que la parte quiera despues usar de la apelacion: porque ni es consiguiente de ella la nulidad, ni es antecedente necesario por donde se haya de venir á la apelacion, que son los dos medios de donde se deduce la voluntad quando no se explica.

60. Confirmase este pensamiento, y se aleja mas de que se entienda ó presuma que el que usa solamente de la nulidad quiera reservar la apelacion, por otro principio sólido, reducido á que estando en su mano explicar con tanta facilidad la voluntad de apelar de aquella sentencia, y pudiendo hacerlo al mismo tiempo con una sola palabra, diciendo que era nula, y que aun quando fuese alguna apelaba, le coge de lleno el axîoma, *si voluisset*, *expresisset*; y el otro que dicta, que los pactos y condiciones que uno pudo poner con claridad, y dexó en obscuridad y duda, se deben interpretar y entender contra el mismo que como Autor pudo darles la ley.

61. La causa y los fines de la nulidad son diversos de los que producen y justifican la apelacion; pues aquella consiste en la inversion del órden público, que prescriben las leyes por forma substancial de los juicios, para habilitar y mantener la natural defensa de las partes; y quando el Juez falta á estos preceptos de la ley, obra con exceso y nulidad, y el objeto del que se querella de tales procedimientos es que se repongan, y se estimen como si no se hubieran hecho.

La

62. La apelacion, aunque guarde el órden público de los juicios, se justifica con no haberse distribuido el derecho privado á quien le correspondia, y su fin es enmendar este agravio sin tocar en la nulidad del proceso; ántes bien suponiendo su legitimidad.

63. ¿Qué influxo pues podrán tener entre sí estos dos recursos de nulidad y de apelacion, si en todas sus partes son diversos? Los que hallasen alguna razon mas poderosa para inclinarse á la opinion que llaman comun, y convencerse de que la nulidad propuesta como principal detiene por sí sola, y suspende los dias señalados para apelar de la injusticia y simple gravámen de la sentencia, tocarán necesariamente los daños que produciria esta práctica á la causa pública y al derecho de las partes, y que es contraria á la letra y al espíritu de las leyes del Reyno.

64. Acabado el juicio de nulidad por todas aquellas instancias que permiten las leyes, y quedan expresadas, y declarándose que la sentencia dada en la causa principal no contiene la nulidad que se propone, que es el supuesto para usar despues de la apelacion, en el término que segun la citada opinion comun quedó suspenso; procede este beneficio y auxîlio en el concepto, y con la precisa condicion, de haber introducido el juicio de nulidad principal y separadamente con causa y razon probable, y no por temeridad, fraude ó malicia.

65. Por conseqüencia debe probar y acreditar el que quiera usar de la apelacion la calidad y condicion que le sirve de fundamento, esto es, que se movió á introducir el juicio de nulidad con justa y razonable causa; y como el conocimiento se ha de tomar del proceso principal, y es verosimil que el que obtuvo la sentencia en la causa y en el juicio de nulidad, contradiga el intento del que quiere apelar, negando que hubiese tenido causa justa y razonable, y alegando á mayor abundamiento que usó de aquel efugio con fraude y malicia para dilatar la causa principal y la execucion de la sen-

tencia dada en ella; seria necesario seguir este nuevo juicio por todos los trámites ordinarios, hasta calificar con una executoria, si la nulidad se habia intentado con probabilidad de razon y de justicia, aunque el suceso de haber perdido aquella instancia acreditase el mas sólido fundamento á favor de la otra parte; resultando que de la causa principal, en que fué dada la sentencia, nacian dos nuevas instancias que se habian de concluir ántes de usar de la apelacion; y esto á la verdad se opone á la diligencia con que se interesan todas las leyes por la brevedad de los pleytos, restringiendo los términos en todo el progreso de ellos, empezando desde la contestacion hasta la misma sentencia difinitiva, y precaviendo por todos los medios posibles las dilaciones que promueven las partes.

66. Ademas de las muchas leyes que se han referido en estos Apuntamientos, en confirmacion de lo que se interesa la causa pública en que se contengan los pleytos, ó se acaben con la mayor brevedad, conduce mas particularmente á este intento, y al caso de que se trata, la *ley* 52. *tit.* 5. *lib.* 2., que teniendo consideracion á los grandes daños que resultan de hacerse en general la condenacion de frutos, señala por el mas principal de ellos, que remitiendo la liquidacion á Contadores se siguen muchos gastos á las partes, porque de nuevo se torna el pleyto sobre la liquidacion en que se tornan á dar otras sentencias de vista y revista; y para evitar estos perjuicios manda: Que los Oidores en las sentencias que dieren, en que haya de haber condenacion de frutos, los tasen y moderen por lo que de las probanzas resultare, sin remitirlo á Contadores, y que esto se publique para que los Letrados y las partes hagan sobre ello las probanzas que les convengan.

67. No excluye esta ley á los Contadores en el caso de que hubiesen de liquidar los frutos, sino que pone remedio para que no haya tal necesidad, porque de la liquidacion de los Contadores, ó de la estimacion que hi-

hiciesen qualesquiera otros peritos ó testigos, resulta por lo comun un nuevo pleyto en que hacen grandes gastos las partes, y producen otros daños á la causa pública, indicando como medio mas oportuno para precaverlos, que los Letrados y las partes de las instancias, en que pidan condenacion de frutos, articulen y prueben al mismo tiempo en la causa principal el valor y estimacion de ellos; pues con este antecedente podrán cumplir los Oidores con el precepto que les impone la ley, de tasar y moderar determinadamente en la misma sentencia de la causa principal la cantidad y estimacion de frutos de la condenacion.

68. Lo mismo persuaden y convencen las *leyes* 2. *y* 4. *tit.* 17. *lib.* 4. Por la primera se dispone, que introducida la nulidad en los 60. dias que señala, si fuere dada sentencia sobre ella, no se pueda alegar nulidad contra esta sentencia, y solo se permite el que se apele y suplique de ella, prohibiendo que contra las sentencias que se dieren en estas instancias se ponga ó alegue excepcion de nulidad; *y esto porque los pleytos hayan fin.*

69. En la citada *ley* 4. se manda, que los negocios que estuviesen pendientes en el Consejo y Audiencias por grado de suplicacion ordinaria, ó por la segunda suplicacion de la ley de Segovia, si se alegare nulidad de las sentencias en qualquiera manera que aquella sea, se reserve para determinar sobre la dicha nulidad juntamente con el negocio principal; y no se cause, ni haga, ni forme juicio aparte para las sentencias, y determinar sobre sí y apartadamente.

70. Aunque esta disposicion trata de las sentencias que se dan en el Consejo y Audiencias, se funda en una razon general que conviene admitir y seguir, guardando la proporcion posible, en los demas Tribunales del Reyno, para que no se multipliquen los pleytos, formándose apartadamente sobre los puntos que sin ofensa de las partes, y de su justicia, se pueden unir y determinar en un juicio y sentencia.

71. Antes de ampliar este pensamiento con nuevas consideraciones, conviene hacer memoria de la *ley* 22. *tit.* 4. *lib.* 2. que á primera vista parece opuesta á la enunciada *ley* 4. *tit.* 17. *lib.* 4.; pues aquella dice, que de las sentencias y determinaciones que dieren los del Consejo "no aya lugar á apelacion, ni agravio, ni alzada, nulidad, »ni otro remedio, ni recurso alguno; salvo suplicacion »para ante Nos que se revea en el dicho nuestro Consejo." Esta letra, que está excluyendo la nulidad, se entiende que lo hace de aquella nulidad apartada que se intentase en juicio separado, suspendiendo la suplicacion para la revista y sentencia de la causa principal; pero bien puede proponerse y hacerse mérito de la nulidad que contenga la sentencia de vista, al mismo tiempo que se propongan y aleguen los agravios de su injusticia, para que se consideren y motiven en la misma sentencia; y lo mismo la de revista, quando se trata de la causa principal en el grado de segunda suplicacion.

72. Si la nulidad se propone al mismo tiempo que la apelacion en la forma y método que se ha explicado, para que una y otra guarden el concepto de principales, independientes y separadas en su ingreso, en su continuacion, y en sus respectivos fines, se devuelve desde luego toda la causa principal al Juez superior en fuerza de la apelacion, llevando tras de sí el conocimiento de la nulidad al mismo Tribunal superior; y este es el primer efecto favorable que produce la union de estos dos recursos, de que hablan largamente los Autores que se han citado en este capítulo, á quienes refiere Salgado, comprobando la misma opinion en la *part.* 4. *cap.* 3. *de Reg. n.* 237. *al* 242.

73. El segundo efecto mas ventajoso, que resulta de la union de estos dos remedios, consiste en que los procedimientos que hiciese el Juez despues de introducidos, sin esperar la inhibicion, se graduan de atentados, y se reponen inmediatamente como nulos; y esto no se lograria por el primer medio de usar de la nulidad separada-

men-

mente, como lo exponen los mismos Autores citados.

74. El tercer efecto favorable se funda en que la apelacion, en el caso de no deferir á ella el Juez, y prôceder sin embargo *ad ulteriora*, prepara la fuerza del Juez Eclesiástico, no alcanzando á esto la nulidad por sí sola.

75. El quarto y mas principal favor de la union de estos dos recursos estriba en que conociéndose en el mismo Tribunal superior juntamente, y por los propios trámites, del mérito y justificacion de uno y otro; y comprehendiéndose su decision en una misma sentencia, se logra que con las dos de vista y revista se acabe el pleyto en todo, y se escusan seis instancias mas: las tres sobre la nulidad sola, quando se ha empezado en el Juez Ordinario que dió la sentencia; y las tres restantes sobre si ha lugar á la apelacion, por haberse introducido el recurso de nulidad con causa y razon probable, ó por temeridad y malicia; y presentándose las ventajas que tuviéron las leyes en tan alta consideracion, para buscar medios de evitar pleytos, y reducirlos al menor número posible, queda demostrado quanto interesa la causa pública en que se use de la apelacion al mismo tiempo que de la nulidad.

76. Podrá decirse en oposicion de lo referido, que usando al mismo tiempo de la nulidad y de la apelacion ante el Juez superior del que dió la sentencia, pierde la parte el arbitrio y eleccion, que le concede la *ley* 2. *tit.* 26. *Part.* 3., de proponer la nulidad ante aquel mismo Juzgador que dió su juicio, y que en esta parte se hace ilusoria la disposicion de la misma ley.

77. Yo entiendo por lo que va expuesto, que nada pierde en no proponer la nulidad separada, que es el caso en que podria hacerlo ante el Juez inferior, y que gana mucho la parte en unirla con la apelacion, siguiendo el espíritu de las leyes posteriores que se han citado; y quando necesitase de alguna declaracion, convendria se hiciese, mandando que lo dispuesto en la *ley* 4. *tit.* 17. *lib.* 4. acerca de la nulidad que se propone contra las senten-

tencias que se dieren en el Consejo ó Audiencias, se entendiese y extendiese á las de los demas Jueces, reservándose tratar y determinar sobre la nulidad juntamente con el negocio principal, sin permitir que se cause, haga, ni forme juicio aparte para sentenciarlas y determinarlas sobre sí y apartadamente.

78. Y prescindiendo de si la ley de Partida se puede considerar derogada por la posterior de la Recopilacion, aun quando se entendiese subsistente, tendria yo por irracional, fraudulento y malicioso el recurso de nulidad apartada por solo el hecho de introducirlo y proponerlo ante el Juez que dió la sentencia; y estimaria sin otro conocimiento, ni exâmen del proceso, que no debia aprovecharle el término de la apelacion, que segun la opinion de los Autores citados queda suspenso.

79. De la nulidad que viene por incidencia de la apelacion, y de la que se propone como excepcion, se tratará mas oportunamente en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO II.

De las apelaciones y sus efectos.

1. Otra manera de reparar la parte agraviada el daño, que hubiere recibido en la sentencia, encuentra en la apelacion de ella al superior del Juez que la pronunció.

2. Quan necesaria sea la apelacion, y quan grande y general el bien que trae al mundo, á mas de que lo dicen las leyes, lo asegura y acredita la misma experiencia. Y en efecto con el uso de este remedio enmiendan los Jueces superiores los agravios que los inferiores causan con sus sentencias por ignorancia, ó malicia, ya sea juicio acabado, ó qualquier otro sobre cosa que acaezca en pleyto. Sirve este mismo remedio para suplir y enmendar las omisiones y defectos que puedan haber tenido las mismas partes que litigan, en alegar y probar los hechos de su justicia. Igualmente aprovecha para preser-

var-

varse de las injusticias y agravios que harian los Jueces, si entendiesen que por otro no se podian descubrir, ni corregir. Y últimamente llena de satisfaccion á los interesados, viendo que por el juicio de muchos Jueces se declara su justicia.

3. Las leyes nos presentan una idea clara y exâcta de la apelacion. La 1. *ff. de Appellat.* empieza así: *Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat: quippe cum iniquitatem judicantium, vel imperitiam corrigat.* La 1. *tit.* 23. *Part.* 3. "É tiene pro el Al»zada, quando es fecha derechamente, porque por ella »se desatan los agraviamientos que los Jueces facen á las »partes torticeramente, ó por non lo entender." Y la 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.*: *ibi*: "Porque á las veces los Al»caldes y Jueces agravian á las partes en los juicios que »dan, mandamos: que quando el Alcalde, ó Juez diere »sentencia, si quier sea juicio acabado, si quier otro so»bre cosa que acaezca en pleyto, aquel que se tuviere »por agraviado, pueda apelar." San Bernardo *lib.* 3. *de Consideration. ad Eugen. cap.* 2. *Fateor grande et generale mundo bonum esse appellationes; idque tam necessarium, quan solem ipsum mortalibus. Re vera quidem sol justitiæ prodens, ac redarguens opera tenebrarum.*

4. De la omision de las partes que litigan, y del medio de suplirla, alegando y probando ante el Superior lo que no hiciéron en el juicio anterior, disponen lo conveniente la *ley* 6. §. 1. *Cod. de Appellat.* ibi: *Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit omissum; apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur.* Lo mismo se dispone en la *ley* 4. *Cod. de Tempor. et reparationib. appellat.*; y con mayor claridad se explican en este punto todas las *leyes del tit.* 9. *lib.* 4. *de la Recop.*, limitándose en la 4., que la prueba de testigos no se proponga, ni admita sobre los mismos artículos, ó derechamente contrarios, sobre que en la instancia ó instancias pasadas fuéron traidos ó recibidos testigos, para evitar que los sobornen y corrompan,

pan, y se hagan probanzas falsas; pero dexa expedita la facultad de presentar escrituras sobre los mismos artículos, ó los que son contrarios derechamente: porque en los instrumentos no halló la ley el riesgo de la corrupcion y soborno.

5. Todas las que tratan de las apelaciones, las justifican con el agravio que precede, y las recomiendan con el concepto de pura y natural defensa que se dirige á enmendarlo. De esta proposicion, que sirve de regla general, nace otra no ménos positiva y segura, reducida á que de juicio ó sentencia que no es dada, no se puede apelar, porque de gravámen que no ha sucedido no hay querella ni apelacion. Esto es lo que literalmente dice la *ley* 1. *tit.* 23. *Part.* 3. *ibi*: "Alzada es querella que alguna de las partes face, de juicio que fuese dado contra ella." La 2.: "Alzarse puede todo ome libre, de juicio que fuese dado contra él, si se tuviere por agraviado." La 3.: "Si dieren la sentencia contra él." Confirman lo mismo las *leyes* 4. 13. 14. 18. *y* 27. *del propio tit. y Part.*, conviniendo todas en que ha de ser dado juicio, y sentirse la parte agraviada, para que tenga lugar y pueda recibirse la apelacion. Lo mismo dispone el *cap.* 63. *de Appellat.*

6. De este punto tratáron con prolixo y detenido exâmen Scacia *de Appellat. q.* 5. *art.* 2. y Salgad. *de Reg. part.* 2. *cap.* 2., quienes caminan por la misma regla de no hallar términos para proponer, ni admitir apelacion de gravámen futuro, porque falta el fundamento que la motiva y anima; y no hay interes, y de consiguiente ni accion para querellarse, ampliando esta disposicion á los dos casos siguientes: Uno, que aun precedida sentencia del Juez, y agraviada por ella la parte, aunque haya usado de la apelacion y le fuese recibida, si el mismo Juez reformase su sentencia, como puede hacerlo, siendo interlocutoria caduca y se desvanece la apelacion, porque cesó en aquel momento la causa, y cayó en el caso del que no podia tomar principio, como se dispone por regla

gla general en el *cap. 60. de Appellat.*

7. El segundo caso, á que se extienden las enunciadas disposiciones, se verifica quando interpuesta la apelacion del gravámen futuro, sucede este por la providencia posterior del Juez: porque siendo la apelacion anterior de ningun valor ni efecto, no puede extenderse al gravámen que sobrevino, ni se pueden unir los dos tiempos, por no concurrir aptitud en el primero. Estas son las razones que con otras equivalentes exponen con otros muchos los Autores citados en comprobacion de este dictamen, que viene á ser general.

8. Yo añadiria en mayor demostracion, que la apelacion que se interpone, quando no hay sentencia, ni agravio, si tuviere efecto suspensivo, adormeciendo la jurisdiccion del Juez que conoce de la causa, no podia proceder en ella, ni causar agravio; y si se atribuye á la apelacion anterior, solo el efecto devolutivo llevaria al Superior la causa y gravámen de que se habia apelado, por el principio: *Tantum devolutum, quantum appellatum*; viniendo á ser en los dos extremos perplexa la apelacion, é imposible acomodarse al caso que se propone.

9. Podria tambien suceder que el gravámen futuro, de que se apela, no se verificase, porque el Juez proveyese á favor de la parte que apeló, y entónces quedaria ilusoria la apelacion, y quanto en su virtud se hubiese executado; y no permiten las leyes que los actos judiciales se expongan á ser burlados y sin efecto, y que se conviertan en vergüenza de los Jueces y en daño de la causa pública, como observó oportunamente con sólidos fundamentos Molin. *de Primogen. lib. 3. cap. 14. n. 10.*, demostrando que no debe empezarse juicio sobre derecho futuro, que por alguna causa pueda variarse, dexandole ilusorio. *Ley 26. tit. 4. Part. 3. ibi*: "E así el trabajo »que oviesen pasado, en oyendolas, tornarseles y á en es»carnio, é en vergüenza." *Leg. Litigatores* 11. §. *ultim. ff. de Recept. arbit.* ibi: *Arbitrum non prius cogendum sen-*

tentiam dicere, quam conditio extiterit; ne sit inefficax, deficiente conditione.

10. Procede esta doctrina aun quando, pendiente el juicio sobre el derecho futuro, se hiciese actual y presente el mismo derecho que se litigaba, pues no podria sin embargo continuarse la instancia, contradiciéndolo la otra parte; y seria necesario empezarla de nuevo, como lo funda igualmente por los mismos principios Molin. en el lugar citado *n.* 20., viniendo por este medio á confirmarse las dos enunciadas proposiciones: Primera, que no puede haber apelacion, ni otro acto judicial, de gravámen futuro: segunda, que sobreviniendo y haciéndose presente no prevalece, ni puede continuarse la intempestiva anterior apelacion. Resta pues exâminar si debe expresar el agravio y probarlo para que le sea recibida, ó si bastará que se sienta y tenga por agraviado.

11. Esta segunda parte parece la mas probable, si se ha de estar á lo que explican las palabras de las leyes en su propia y natural inteligencia, de la que no es lícito separarse, á no manifestarse claramente por otro medio la voluntad del Legislador, como se ordena en la *ley* 5. *tit.* 33. *Part.* 7. y en la 69. *ff. de Legat.* 3.

12. La *ley* 2. *tit.* 23. *Part.* 3. dice en su principio lo siguiente: "Alzarse puede todo ome libre, de juicio que fuese dado contra él, si se tuviere por agraviado." La *ley* 13. *ibi*: "Agrávianse los omes á las vegadas de los juicios que son dados contra ellos, porque se han despues de alzar : : : : E decimos, que de todo juicio afinado se puede alzar qualquier que se tuviere por agraviado dél." *Ley* 14. "Teniéndose por agraviada alguna de las partes, del juicio que diesen contra ella, non tan solamente se puede alzar de todo, mas aun de alguna partida del, si se quisiere." *Ley* 18. "Agraviándose alguno del juicio que le diese su Judgador, puédese alzar dél, á otro que sea Mayoral." *Ley* 22. "Si se sintieren por agraviados : : : : Sintiéndome por agraviado de la sentencia."

13. Lo mismo se dispone en la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. "Porque á las veces los Alcaldes, y Jueces agravian á las »partes en los juicios, que dan, mandamos: que quando »el Alcalde, ó Juez diere sentencia, si quier sea juicio »acabado, si quier otro sobre cosa, que acaezca en pley»to, aquel que se tuviere por agraviado, pueda apelar »hasta cinco dias, desde el dia que fuere dada la sen»tencia, ó rescibió el agravio, y viniere á su noticia."

14. La *ley* 3. *del prop. tit. y lib.* distribuye y señala los casos en que se puede apelar de las sentencias interlocutorias, y con respecto á ellas concluye así: "En qualquier »destos casos, otorgamos á la parte, que se sintiere agra»viada, que se pueda alzar; y el Juzgador que sea tenu»do de otorgar la alzada."

15. Sucede muchas veces que la sentencia difinitiva es justisima, considerado el estado de la causa, porque la dió el Juez arreglada á los hechos probados en el proceso; y que al mismo tiempo es gravosa á la parte, que por su omision ó por otras causas no probó la verdad en aquella instancia, y espera hacerlo en otra, habilitándola con el auxîlio de la apelacion, que es uno de sus efectos señalados en las leyes, especialmente en la 4. *tit.* 9. *lib.* 9. *de la Recop.* y en la 27. *tit.* 23. *Part.* 3. *ibi*: "É si por aven»tura, alguna de las partes dixere, que falló agora de nue»vo cartas, ó testigos, que le ayudan mucho en su pley»to, que non pudo mostrar antel otro Judgador, debe»gelo recebir."

16. Esta disposicion está indicada en la *ley* 6. §. 1. *Cod. de Appellat.* y en la 4. *Cod. de Tempor. et repar. appellat.*, y de este caso hace mérito Scacia *de Appellat. q.* 3. *art.* 1. *n.* 1. *vers. Fuit etiam introducta*, y en la *q.* 5. *art.* 1. *n.* 3., probando las dos enunciadas proposiciones: Una, que el gravámen, aunque no proceda del Juez, y sí del abandono de la parte, justifica la apelacion; y la segunda, que no es necesario motivar, ni expresar, y ménos probar el agravio específico, para que tenga lugar y sea recibida la apelacion.

17. Si de la causa y sentencia difinitiva constase por notoriedad, que ni el Juez ha causado agravio á la parte, ni esta puede mejorar su derecho en otra instancia, le faltará el supuesto en que ha de motivar y justificar la apelacion, y se deberá despreciar la que interponga, como frívola y calumniosa; pues no pudiendo aprovecharle, se convertiria en daño de la causa pública, dilatando los pleytos, y causando otros perjuicios á las partes que litigan.

18. Como no es fácil reunir los casos en que tenga lugar el juicio cierto y seguro de que las apelaciones sean frívolas y maliciosas, conviene recurrir á los que en esta clase refieren los Autores en sus difusos tratados, señaladamente Salg. *de Reg.*, Lanceloto *de Attentat.* y Scacia *de Appellat.*

19. Las reglas establecidas acerca de las apelaciones que se interponen de las sentencias difinitivas, de las que se trata principalmente en este capítulo, no tienen lugar en los autos interlocutorios, ántes bien se dispone en ellos otra regla contraria, reducida á que no reciben apelacion, como se prueba por la *ley* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *ibi*: "Establecemos que de las sentencias interlocutorias »no aya alzada, y que los Juzgadores no la otorguen, »ni la dén." *Ley* 1. *tit.* 19. *del prop. libro.* "Ordenamos, y »mandamos que, si de las sentencias interlocutorias, y »otros autos, que segun derecho, y leyes, y ordenanzas »del Consejo, y Audiencias se puede suplicar, fuere su»plicado, que la parte; que quisiere suplicar sea teni»da de suplicar, y exprimir los agravios por escrito den»tro de tercero dia."

20. Debe observarse en esta ley, que su disposicion es limitada á permitir la suplicacion de aquellos autos interlocutorios, de que segun derecho, leyes y ordenanzas del Consejo y Audiencias se puede suplicar, dexando firme el supuesto de la regla, que en lo general la prohibe.

21. La *ley* 37. *tit.* 5. *lib.* 2. refiere, que se traían á las

las Audiencias por via de fuerza muchos procesos Eclesiásticos, porque no otorgaban las apelaciones de autos interlocutorios; y considerando el grande agravio que de esto recibian las partes, y que se impedia la vista de otros muchos negocios, se manda que de aquí adelante no se libren cartas para traer por via de fuerza procesos algunos Eclesiásticos de autos interlocutorios.

22. La *ley* 13. *tit.* 23. *Part.* 3. establece: "Que de to„do juicio afinado se puede alzar qualquier que se tu„viere por agraviado dél. Mas de otro mandamiento, ó „juicio que ficiese el Judgador, andando por el pleyto, „ante que diese sentencia difinitiva sobre el principal, „non se puede, nin deve ninguno alzar." Continúa esta ley refiriendo algunas limitaciones de la regla, y acabadas, ratifica la misma, diciendo: "Mas de otro manda„miento, ó juicio, que el Judgador ficiese, tuviéron por „bien los sabios antiguos que estableciéron los derechos „de las leyes, que ninguno non se pudiese alzar, maguer „que se tuviese por agraviado dél. E esto pusiéron por „dos razones. La una, porque los pleytos principales no „se alongasen, nin se embargasen por achaque de las al„zadas, que fuesen tomadas en razon de tales agravia„mientos. La otra, porque en el tiempo que se ha de „dar el juicio afinado, la parte que se tuviere por agra„viada del Judgador, se puede alzar, é fincale en salvo, „para poder demandar, é mostrar antel Juez del alza„da, todos los agraviamientos que recibió en el pleyto del „primero Juez."

23. El Santo Concilio de Trento confirma esta regla en el *capit.* 1. *ses.* 13., y en el 20. *ses.* 24. *de Reformat.*, moderando aquella libertad absoluta, que permitian los Cánones, de apelar indistintamente de las sentencias de los Jueces Eclesiásticos, ya fuesen difinitivas, ó interlocutorias, por ligero gravámen que contuviesen, como se dispone en el *cap.* 12. *ext. de Appellation.* y en el *cap.* 1. *del prop. tit. in Sexto.*

24. Esta regla, que en las sentencias interlocutorias pro-

prohibe las apelaciones, recibe muchas limitaciones. Algunas se explican literalmente en las leyes, y otras se deducen de los exemplos y casos que refieren, y de la razon general en que convienen. La *ley* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* establece la regla ya indicada, de que no haya alzada de las sentencias interlocutorias, y que los Juzgadores no la otorguen, ni la den; y continúa con las limitaciones siguientes: "Salvo si las sentencias interlocu»torias fueren dadas sobre defension peremptoria, ó sobre »algun artículo, que haga perjuicio en el pleyto princi»pal, ó si fuere razonado contra él por la parte que no »es su Juez, y prueba la razon, porque no es su Juez, »fasta nueve dias:::::: y el Juez se pronunciare por »Juez, ó dixere que ha por sospechoso al Juez, y en los »pleytos civiles no quisiere el Juez tomar un hombre »por acompañado para librar el pleyto, ó si en los pley»tos criminales no guardare lo que se contiene en la ley »primera de las recusaciones en este lib. 4., ó si la parte »pidiere traslado del proceso publicado, y el Juez no se »lo quisiere dar; en qualquier destos casos, otorgamos »á la parte, que se sintiere agraviada, que se pueda al»zar, y el Juzgador que sea tenudo de otorgar la al»zada."

25. La *ley* 13. *tit.* 23. *Part.* 3. pone por igual limitacion, "quando el Judgador mandase, por juicio, dar tor»mento á alguno á tuerto, por razon de saber la verdad de »algun yerro, ó de algun pleyto que era movido antél;" y continúa con la razon general que hace apelable toda sentencia interlocutoria: *ibi*: "O si mandase facer alguna »otra cosa, torticeramente, que fuese de tal natura, que »seyendo acabado, non se podria despues ligeramente »emendar, á ménos de gran daño, ó de gran vergüenza »de aquel que se tuviese por agraviado della."

26. El Santo Concilio de Trento en los dos citados *capítulos* 1. *ses.* 13. y 20. *ses.* 24. *de Reformat.* reduce su disposicion á permitir la apelacion, no solo de la sentencia difinitiva, sino tambien de las interlocutorias que tengan fuer-

fuerza de difinitiva, ó que su gravámen no se puede enmendar por ella. En fuerza de estas disposiciones se han extendido los Autores á referir todos aquellos casos, en que hallan la razon comun de admitir la apelacion de sentencias interlocutorias, como pueden verse en Salg. *de Reg. part.* 2. *cap.* 1. y en Scacia *de Appel. q.* 17. *limit.* 47. *n.* 90.

27. Quando concurren las circunstancias que hacen apelables las sentencias interlocutorias, quedan estas comprehendidas en la clase y efectos correspondientes á las difinitivas, señaladamente en quanto á la suspension y devolucion de la causa, que són los principales de que tratan las leyes y los Autores.

28. De los efectos suspensivos que causa la apelacion, legitimamente interpuesta, en la jurisdiccion del Juez que dió la sentencia, considerando sus procedimientos por atentados, no solo quando los hace despues de la apelacion, si no en el tiempo en que pudo interponerse, tratan y disponen con uniformidad todos los derechos.

29. La *ley* 26. *tit.* 23. *Part.* 3. expresamente manda: "Que miéntra que el pleyto anduviere antel Judgador »del alzada, que el otro Juez de quien se alzáron, non »faga ninguna cosa de nuevo en el pleyto, nin en aque»llo sobre que fué dado el juicio." La *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* da la forma, y señala los Jueces del Ayuntamiento que deben conocer de las segundas instancias, quando la causa fuese de 10∋. mrs., y dispone que pase ante el Escribano, ante quien pasó en la primera instancia, el qual lleve luego el proceso original á los Jueces que fueren nombrados; y en este hecho de pasar luego el proceso original á los Jueces de la segunda instancia, impide al de la primera todo procedimiento en execucion de su sentencia.

30. Al fin de la misma ley manda á los Jueces de segunda instancia, que despues de dada su sentencia, y pronunciada en el Regimiento, la executen luego sin dilacion alguna; y esta reserva privativa de la execucion de la sentencia á los Jueces de la segunda instancia, entre quie-

quienes se halla necesariamente el de la primera con los dos del Regimiento, inhibe al dicho Juez de la primera instancia de la execucion de su sentencia despues de la apelacion, ó en el tiempo en que se pudo interponer.

31. La *ley* 1. *tit.* 20. *del prop. lib.* trata de la segunda suplicacion, que en el efecto conviene con la apelacion, y dice: "Que en el caso, que la segunda sentencia »fuere dada, y fuere suplicado para ante Nos, que no sea »hecha execucion de la dicha segunda sentencia, fasta »que sea dada la tercera sentencia confirmatoria por »aquel, ó aquellos, á quien Nos lo encomendáremos."

32. Como al fin de esta ley se suspende la execucion de la segunda sentencia, que es la de revista, y la reserva para quando se dé la tercera en el grado de segunda suplicacion, con la expresion ó limitacion de que sea confirmatoria, parecia que dexaba indeciso el caso, y sin poder llevarse á efecto la sentencia de revista, siendo revocada por la que se diese en la segunda suplicacion; y para quitar esta duda, y suplir la omision y falta de palabras de la ley se dispuso en la siguiente, que es la 2. *del prop. tit. y lib.*, que lo que se sentenciase en dicho grado, se execute, *quier sea la sentencia confirmatoria, ó revocatoria*; y con sola esta novedad no la hizo, en quanto á que la sentencia de revista quedase entretanto sin execucion.

33. La *ley* 15. *del prop. tit. y lib.* alteró en parte las disposiciones antecedentes, mandando: Que si las sentencias de vista y revista fuesen conformes de toda conformidad se executen, ó en aquella parte en que fuesen conformes, sin embargo de la segunda suplicacion, dando la parte, á cuyo favor estuvieren las sentencias, las fianzas, para los fines que explica la misma ley.

34. Esta particular disposicion confirma lo primero, que ántes de ella procedia la regla general de quedar suspendidas las sentencias por la segunda suplicacion. Asegura tambien que en donde no hubiese particular disposicion que mande executar las sentencias, quedan suspen-

pendidas por la apelacion ó suplicacion; y últimamente se limitó, al fin de aquella ley, la novedad de que se executasen las dos sentencias conformes, á los negocios pendientes que no estuvieren sentenciados en revista.

35. El *cap.* 10. *ext. de Appellat.* ibi: *Quod si de aliqua exceptione quæstio oriatur, et exinde appellationem fieri contingat, eidem exceptioni erit merito supersedendum: et si principalis causa sine illa terminari non poterit, ei nihilominus supersedeatur.* El *cap.* 7. *de Appellat. in sext.* hace mas clara demostracion de la regla insinuada en los dos extremos de haberse apelado, ó poder apelar, *ibi*: *Non solum innovata post appellationem á definitiva sententia interjectam, debent semper::: ante omnia per appellationis Judicem penitus revocari; sed etiam ea omnia, quæ medio tempore inter sententiam, et appellationem :::: contingit innovari, ac si post appellationem eandem innovata fuissent.*

36. Por la segunda parte de este capítulo se confirma la regla en las apelaciones de las sentencias interlocutorias, con la sola diferencia de que lo innovado despues de la apelacion, ó en el tiempo en que se pudo interponer, se puede y debe revocar por el Juez superior ántes de tratar de la causa principal, si la parte lo pidiere ántes de mezclarse y contestar sobre el asunto principal de la causa; pero lo que se innovase despues de la sentencia interlocutoria, pendiente la apelacion, ó en el tiempo en que pudo interponerse, no se revocará hasta tanto que conste al Juez superior por el proceso, que se apeló con justa y legítima causa, porque sin este previo conocimiento no procede la apelacion de los autos interlocutorios, y sin ella no hay atentados, porque no se suspende la jurisdiccion del Juez inferior.

37. El *cap.* 10. *del propio tit. in sext.* da la misma razon en lo que dispone: *ibi*: *Cum per appellationem sit suspensa ipsius jurisdictio.* La *ley única ff. Nihil innovari appellatione interposita*, y la *ley* 3. *Cod. de Appellat.* proceden con la misma regla.

38. Sus excepciones, que son muchas y por diversas

causas, producen dos efectos: Uno confirmar la regla insinuada, y otro ponerla en grande obscuridad, sin que los Jueces puedan decidirse, sin mucho estudio y meditacion, así han de admitir las apelaciones en ámbos efectos, ó en el devolutivo solamente: porque si quieren consultar á prevencion para los casos que puedan ocurrir, ó para los mas freqüentes, los difusos tratados de Salgado *de Reg. protec.*, de Scac. *de Appellat.*, de Lancel. *de Attentat.* y de otros muchos que, aunque no tan largamente, tratáron la materia; este estudio pide mucho tiempo y constancia, y las mas veces quedarán con duda en la aplicacion de sus doctrinas.

39. Por estas causas me ha parecido conveniente hacer un resumen de aquellas que señalan las Leyes y los Cánones con calidad de executivas sin embargo de la apelacion, poniendo la razon principal en que se fundan, para que puedan mas fácilmente extenderla á los demas casos en que la hallaren verificada.

40. La sentencia de excomunion no recibe apelacion suspensiva, y aunque se denuncie ó publique despues de la apelacion, ó en el tiempo en que pudo interponerse, continúa su efecto, y no causa atentado la publicacion.

41. Esta proposicion es literal en los *cap.* 53. §. 1. *ext. de Appellat.* y en el *cap.* 7. §. 1. *de Sententia excommun. in sext.*, y en la *ley* 21. *tit.* 9. *Part.* 1. La razon principal, que asegura la especialidad ó excepcion de la sentencia de excomunion, se presenta y señala en el citado *cap.* 53. §. 1. en aquellas palabras: *Cum executionem excommunicatio secum trahat, et excommunicatus per denuntiationem amplius non ligetur; ipsum excommunicatum denunciare potes, ut ab aliis evitetur.* Y la misma razon se expresa en la citada *ley* 21. *tit.* 9. *Part.* 1. "É tan gran fuer»za tiene la sentencia de descomunion, que luego que »es dada, liga; lo que non facen las otras sentencias. É esto »es en tal manera, ca maguer se alze despues della, »aquel contra quien la dan, todavía finca ligado, fasta »que sea absuelto."

De

42. De los efectos de la sentencia de excomunion, del tiempo en que los producen, y de los que tiene la apelacion que se interpone de ella, trataré mas largamente en otro lugar, reduciendo ahora á dos proposiciones la explicacion de la que se ha propuesto. La primera, que la novedad que se hace por el Juez, que da la sentencia, despues que se apeló de ella, ó en el término en que puede hacerse, es la que se califica de atentada por el efecto suspensivo de la misma apelacion, y de la capacidad de interponerla; y como la execucion de la excomunion se perfeccione y consuma con toda su fuerza en la misma sentencia, nada resta que hacer al Juez en el tiempo señalado para apelar de ella, ni este caso forma con propiedad excepcion de la regla.

43. La segunda proposicion consiste en que la suspension tiene lugar en lo que está pendiente, pero no en lo que ya está executado, pues esto necesita de revocacion, cuyo efecto no tiene la apelacion posterior.

44. Por estos principios se preocupó Salgado en el *cap.* 10. *part.* 1. *de Supplicat.* para caer en la opinion de que el Rey y sus Tribunales supremos no podian reparar derechamente, por el recurso de suplicacion y retencion, el daño público que habia causado la execucion de las Bulas Apostólicas ántes de presentarse en el Consejo, y de tratarse de su retencion en los Tribunales Reales; pues suponiendo este Autor, que la autoridad del Rey en estos recursos era limitada á suspender el daño que podian producir las Bulas, y que se dirigia al propio fin el decreto de los Tribunales supremos, confesó que no alcanzaba á reponer la execucion, y creyó necesario buscar otro medio que enmendase el daño público; en cuyo punto dice el mismo Salgado, que meditó seriamente muchos dias, con la felicidad de haber hallado para el fin referido un remedio, que llama milagroso.

45. De esta opinion, y de la debilidad de sus fundamentos, se trata con la oportuna extension en otro lugar; pues en este solamente se hace memoria de su dicta-

men para confirmar, que quando el remedio es solo suspensivo, no alcanza á reponer lo executado.

46. Para facilitar un conocimiento sencillo de las causas, que por su naturaleza, ó por accidente no admiten apelacion suspensiva, me ha parecido establecer una regla, por donde se podrán resolver las dudas, que se exciten en los casos particulares, sobre el artículo de admitir las apelaciones en el efecto devolutivo solamente, ó tambien en el suspensivo. Consiste la regla en pesar el agravio respectivo á las partes y al Público; y si fuese mayor el que padeceria la parte apelante, y el que trascenderia al mismo tiempo al Público, si no se le admitiese la apelacion en el efecto suspensivo, se debe deferir á ella en los dos efectos; y si la parte, á cuyo favor está dada la sentencia, se expusiese á mayor perjuicio por la suspension, ó fuese trascendental á la causa pública, cesará en estos casos la apelacion suspensiva, y tendrá lugar únicamente en el efecto devolutivo.

47. Los exemplos demostrarán con toda claridad la proposicion antecedente. En el *cap.* 13. *ses.* 25. *de Regularib.* previno el Santo Concilio de Trento los escándalos y turbaciones que se experimentaban muchas veces en las disputas acaloradas, que excitaban los Eclesiásticos seculares y regulares sobre preferencia en las procesiones públicas, en los entierros y en otros actos semejantes; y para ocurrir oportunamente á los graves daños que nacerian de estas turbaciones, en ofensa de los mismos Eclesiásticos y de la causa pública, ordenó y mandó, que el Obispo compusiese y cortase semejantes controversias, declarando la respectiva preferencia que debian tener, segun el estado de posesion en que se hallasen las partes, llevando á debida execucion su providencia, sin embargo de apelacion y de otro qualquiera recurso: *ibi*: *Episcopus, amotta omni appellatione, et non obstantibus quibuscumque, componat.*

48. Don Francisco Salgado, que trató de esta disposicion del Santo Concilio en la *part.* 2. *cap.* 9. *de Reg. protec.*,

tec., estima por razon fundamental para excluir la apelacion, el que la providencia del Obispo en aquel caso es de puro gobierno, para mantener la tranquilidad, evitar los escándalos, y precaver los tumultos y riñas, de que nacen tan graves daños al Estado, *ibi n. 6.*: *Remedium igitur dicti Concilii decreti provenit à mero Judicis officio, ob rectam gubernationem, et tranquilitatem, ad sedandas rixas, tumultum, et controversias, et vitanda scandala.*

49. La *ley 54. tit. 5. lib. 2. de la Recop.* explica con mayor claridad las dos razones que recomiendan la execucion de las providencias que tocan al gobierno y tranquilidad de los Pueblos, y prohibe se suspendan por las apelaciones ó inhibicion de los Jueces superiores, *ibi*: "Porque somos informados que muchas veces se siguen »muchos inconvenientes de rescebir nuestro Presidente, y »Oidores todas las apelaciones indistintamente, y man»dar sobreseer en la execucion, mayormente en las co»sas que se mandan en las Ciudades, Villas, y Lugares, »cerca de la gobernacion de ellas :::::: porque por esto »se impide mucho la buena gobernacion de las dichas »Ciudades, Villas, y Lugares, y es mucho perjuicio para »las Comunidades, y causa de muchos gastos, y por la »mayor parte la execucion de estas cosas es de ménos per»juicio á las partes, que de ello se agravian."

50. En esta ley se reunen las dos partes de la regla insinuada: Una, el mayor daño que padecerian las Ciudades, si se suspendiesen las providencias de gobierno; y otra, el menor perjuicio que de su execucion resulta á las partes que de ello se agravian, repitiendo al fin de la misma ley, que se tenga consideracion al bien público, "ca quando las cosas de esta calidad son de poco »perjuicio, siempre se deve mucho mirar lo que parecie»re que conviene al bien comun."

51. El propio fin, y sobre los mismos principios de gobierno y tranquilidad, lleva el interdicto posesorio de *ínterin*, precaviendo que las partes vengan á las armas para man-

mantener la posesion en que pretenden hallarse; y así en la providencia que con instruccion sumaria toma el Juez, considera únicamente el mero hecho de la parte que esté en posesion al tiempo de la controversia; y manda, que no se la inquiete ni turbe en ella, sin perjuicio del derecho que puedan tener los que litigan, con respecto á los juicios plenarios de posesion y de propiedad, reuniéndose en esta sentencia interlocutoria la tranquilidad pública que se turbaria por las riñas y desavenencias de las partes, y el menor perjuicio que siente la que en esta providencia queda fuera de la posesion. Esto es lo que en resumen explicó el Señor Covarrubias en el *cap.* 17. *de sus Prácticas*, y lo que justifica la execucion de este interdicto de *ínterin*, sin embargo de la apelacion; y al mismo fin y para su mayor comprobacion conduce la *ley* 176. *ff. de Reg. jur.*, ibi: *Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi.* Y la *ley* 13. *ff. de offic. Præsid.*, ibi: *Congruit bono, et gravi præsidi ut pacata, atque quieta provincia sit, quam regit.*

52. La *ley 6. tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* hace un resumen de los casos, en que no permite que de las providencias que se dieren haya apelacion suspensiva. Supone en su principio, que el Alcalde debe otorgar la apelacion en los pleytos que las leyes disponen, y continúa refiriendo las limitaciones de aquella regla, *ibi*: "Pero »son algunos pleytos, en que no queremos que se otor»gue apelacion." Este no querer que haya apelacion está fundado en la razon y justicia, que siempre gobierna la voluntad del Rey, y es el alma de sus soberanas resoluciones.

53. Los casos, que refiere en las limitaciones de esta ley, son los siguientes: "Si se alzare demandar que al»gun hombre, que no era descomulgado, ó devedado, »que no sea sepultado." La suspension de este mandamiento seria contraria á la piedad y al buen gobierno de los Pueblos, pues traeria gravísimos perjuicios á la

sa-

salud pública, si no se diese sepultura á los cadáveres con motivo de la apelacion, que es el daño tan considerable que impide la suspension, y manifiesta que de parte del que apela no hay alguno, ó no es comparable con aquel.

54. El segundo caso es, quando la providencia se dirige á la recoleccion de uvas, mieses, ó de otra cosa semejante que perece por tiempo; ó sobre dar gobierno á niños pequeños. Para justificar estas disposiciones, motiva la ley la misma poderosa razon que se ha indicado. "Por»que en tales casos como estos, si se alongasen los pleytos »para alzada, las cosas se perderian, y nacerian dello mu»chos daños."

55. Las sentencias en que se mandan dar alimentos, ya sean difinitivas ó interlocutorias, no admiten apelacion suspensiva, quando el que los ha de recibir es pobre, y no tiene otros medios para mantenerse, sino los alimentos presentes y futuros. Esta opinion se funda en la *ley* 27. §. 3. *ff. de Inofficios. testam.*, ibi: *De inofficioso testamento nepos contra patruum suum, vel alium scriptum hæredem, pro portione egerat, et obtinuerat; sed scriptus hæres appellaverat: placuit interim propter inopiam pupilli, alimenta pro modo facultatum, quæ per inofficiosi testamenti accusationem pro parte ei vindicabantur, decerni, eaque adversarium ei subministrare necesse habere usque ad finem litis.*

56. Salgado, con otros muchos Autores que refiere en la *part.* 3. *cap.* 1. *de Reg. protect.*, añade á las dos calidades ya expresadas, de que sean los alimentos presentes ó futuros, y pobre el que los pide, otra singularísima, y es que se soliciten *ex officio Judicis*, y no *vi actionis*; pues en aquel caso quita el efecto suspensivo á la apelacion, y le permite en este.

57. Scacia *de Appellation. q.* 17. *limit.* 7. *n.* 17. dice: que de la sentencia, por la qual se mandase dar alimentos, no hay apelacion, ya se pidan *officio Judicis*, ó *vi actionis*, concurriendo los otros dos requisitos que se han expre-

presado. La misma opinion sigue Surdo *de Aliment. tit.* 8. *privileg.* 60. *n.* 23.

58. Salgado impugna con expresiones agrias y duras la opinion de los referidos dos Autores, como puede verse al *n.* 13. del lugar citado. Sus fundamentos no me parecen sólidos. El principal que alega es la mencionada *ley* 27. §. 3. *de Inoffi. testam.*, en donde halla unidas las tres calidades, de que los alimentos se pedian por un nieto contra su tio, ú otro heredero escrito, en el qual induce mas estrecha obligacion la misma naturaleza, y es de derecho natural que el padre y los demas ascendientes dén alimentos á los hijos ó nietos; y la misma se reconoce en estos para con sus ascendientes, que es el extremo de ser pedidos, y deberse *officio Judicis* los alimentos, y no poderse retardar la execucion de la sentencia en que se declaran, y mandan pagar.

59. Los que proceden por obligacion de contrato ó legado, se piden por la accion puramente civil que nace de la misma causa; y en esta no reconoce tan eficaz y poderosa recomendacion, que los haga executivos.

60. Pero deberia observar que la citada *ley* 27. §. 3. dispone lo conveniente al caso que se propone en ella, sin dar regla para todos los demas en que se piden alimentos por otras causas independientes del parentesco; para cuyos casos no induce diferencia alguna, y es voluntaria la que figura Salgado, viniendo á decir substancialmente por un argumento negativo, que no hablándose en aquella ley de alimentos que se piden por contrato ó legado, no tiene lugar en estos la execucion de la sentencia sin embargo de la apelacion; pero como la razon primitiva consiste en el mayor daño que sentiria el que ha de percibir los alimentos, siendo pobre, pues se veria expuesto á perecer, comparado con el que pueda sentir el que está condenado á prestarlos; procede la regla general que se ha expresado, y que se indica como causa principal en la citada *ley* 27. en aquellas palabras: *Propter inopiam pupilli.*

El

61. El Señor Covarrubias, en el *cap. 6. de sus Prácticas n. 5. y 6.*, comprueba el dictamen de Scacia y Surdo, en quanto estiman deberse dar alimentos, aunque se pidan por extraños, y en virtud de la accion civil que proceda de contrato ó legado, concurriendo dos calidades: Una, que el actor manifieste y pruebe buen derecho en su instancia; y otra, que sea pobre. Propone al núm. 5. la qüestion ó duda en general: *Utrum actori pauperi cogatur reus dives expensas litis suppeditare.* Refiere la opinion de Guido Papa, quien estima indistintamente, que el reo, siendo rico, debe dar *litis expensas* al actor pobre, ibi: *Cogendum esse reum divitem actori pauperi litis expensas ministrare.* Refuta esta opinion en la generalidad con que se concibe; pero la admite, quando exâminado el estado del pleyto y de la causa, resultase alguna bien fundada presuncion del buen derecho del actor pobre: ibi: *Idem ipse profiteor, existimans nihilominus eam servandam fore, ubi perpenso statu litis, et causæ, constaret aliqua non levis præsumptio pro jure actoris pauperis. Nec id temere opinor, imo jure id verum esse ostendam ex his, quæ statim examinare constitui.*

62. Hasta aquí habla este sabio Autor de la prestacion de las *litis expensas* que, aunque suenan como parte de alimentos, no son de tan estrecha necesidad y recomendacion: porque sin aquellas, y en el supuesto de ser pobre el actor, podria seguir el pleyto; pero no podria mantenerse sin los alimentos, faltándole otros auxîlios como se propone. Debe tambien observarse, que considerando suficiente una no leve presuncion de su derecho en el actor pobre, para obligar al reo rico á que le dé *litis expensas*, con superior razon procederá esta obligacion constando plenamente, y llegando á la sentencia difinitiva. En este resúmen se demuestra, que la causa de prestar *litis expensas* consiste en que el actor sea pobre, en que pruebe su buen derecho, y en que el reo tenga suficientes bienes de aquellos que se piden, para contribuir con ellas; sin que se haga distincion alguna en-

tre la causa de pedir y la calidad del actor.

63. Al *n. 6.*, *vers. Quantùm ad primum*, trata de los alimentos, y reconoce que la disposicion de la citada *ley 27. §. 3. de Inoffic. testàm.* puede tener lugar, no solo en los hijos y nietos de que habla, sino en los transversales y demas sucesores que pretenden la herencia por testamento, ó *ab intestato*; y como en los hermanos y otros de mas distante grado no se halla aquella eficacia del derecho natural, con que se movió Salgado, como razon singularísima, á restringir la prestacion de alimentos á los hijos y nietos, de que habla la enunciada ley; procede con igual equidad, que se socorra al actor pobre, que justifica en bastante forma su derecho á los bienes que pretende, aunque no haya obtenido á su favor sentencia difinitiva. Esto es lo que en resumen dice el Señor Covarrubias, que procede por justa razon de equidad, y que se observó en la Chancillería de Granada, socorriendo con alimentos al actor pobre que pedia la herencia de su hermano intestado; y por esta regla concluye, que se debe resolver la prestacion de alimentos, considerando el mejor derecho que por presunciones, ó en otra forma equivalente probase el actor.

64. Bien consideradas las razones y causas en que pretenden fundar su dictamen los Autores que se han referido, y tratan con otros muchos de este artículo, me parece que la causa principalísima, y la regla que de ella debe formarse, consiste en que los alimentos y *litis expensas* vienen á darse al actor pobre de sus propios bienes á proporcion de su valor y rentas; y así no se le mandan dar hasta tanto que ha probado plenamente su dominio y derecho, ó á lo ménos por unas presunciones suficientes que manifiesten la verdad, entretanto que no se convencen por otras mas poderosas; y siendo esta causa general y comun á todos los actores pobres, no debe tenerse en consideracion el orígen y calidad de sus derechos y personas.

65. Las apelaciones, que se interponen de la provision,

sion, institucion y colacion de los Beneficios Curados, no suspenden la execucion, por la misma regla establecida al principio, de resultar gravísimos perjuicios á los fieles, en carecer de propio Pastor que les administre sus alimentos espirituales, que siempre son de mayor preferencia que los corporales. *Ex Authen. coll.* 8. *tit.* 16. *Novel.* 21. *y* 115. §. 14. *vers. Quæ obtinere decernimus.* ibi: *Si vero pro causis corporalibus cogitamus: quanto magis pro animarum salute providentia est nostræ solicitudinis adhibenda?* Salg. *de Reg. protec. p.* 2. *cap.* 5. *n.* 85.

66. Lo mismo sucede en los mandamientos para que residan los Beneficios Curados. De uno y otro caso trató largamente Salgado *de Reg. part.* 2. *cap.* 13. *y* 15.; y siendo la razon, que excluye la apelacion suspensiva, tan notoria y generalmente recibida, basta insinuarla en este lugar para el fin de confirmar la regla, de que no se suspenda por la apelacion la sentencia, ya sea difinitiva ó interlocutoria, quando el daño que resultaria habia de ser de notable consideracion; y por estos principios se debe gobernar este artículo en todos los demas casos que ocurran.

67. Aunque la apelacion es tan recomendable en los dos efectos, está cerca de producir notables daños á la causa pública con la dilacion; y para conciliar el interes del Estado en que no se opriman las partes que litigan en la natural defensa de sus derechos, y en que no se excedan de una justa y moderada defensa con daño del mismo Estado, ponen las leyes su mayor cuidado en señalar los términos competentes para que usen de las apelaciones, habiendo recibido este punto bastante variacion.

68. Las leyes antiguas de los Romanos solo concedian dos dias á las partes que litigaban para apelar, y tres haciéndolo por Procurador. *Ley* 1. §. 5. *y* 6.: *ley* 2. *ff. Quando appellandum sit*: *ley* 6. §. 5. *Cod. de Appellat.*

69. La experiencia fué haciendo conocer que la restriccion de estos términos precipitaba á las partes á in-

terponer sin meditada deliberacion sus apelaciones, de que resultaban grandes daños; y se ocurrió á ellos ampliando el término al de diez dias por la *Novel.* 23. *tit.* 2., en que se hace memoria de las antiguas disposiciones y de sus efectos, y se enmiendan en el *cap.* 1., concediendo 10. dias para apelar, sin diferencia de que siga el pleyto la parte principal ó su Procurador. Á esta nueva disposicion se refiere la Auténtica: *Hodie autem. de Appellat.*, conformandose con ella en todas sus partes la *ley* 22. *tit.* 23. *Part.* 3.: el *cap.* 32. *ext. de Election.*: el 36. *de Testib.*; y el 8. *de Appellat. in Sext.*

70. La *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* moderó y limitó el término de los diez dias al de cinco en toda sentencia, sea difinitiva ó interlocutoria, concurriendo en esta alguna de las calidades que la hagan apelable. *Ley* 3. *del prop. tit. y lib.*

71. La disposicion de la citada *ley* 1. en lo esencial de este punto dice así: "Mandamos que quando el Al-»calde, ó Juez diere sentencia, si quier sea juicio aca-»bado, si quier otro sobre cosa, que acaezca en pleyto, »aquel que se tuviere por agraviado, pueda apelar has-»ta cinco dias, desde el dia que fuere dada la sentencia, »ó rescibió el agravio, y viniere á su noticia; y si así no »lo ficiere, que dende en adelante la sentencia, ó man-»damiento quede firme." Igual disposicion se contiene en las *leyes* 4. y 7. *del prop. tit. y lib.* reducida á las apelaciones; pero sin hacer novedad en lo que disponen las leyes sobre la suplicacion, como se advierte expresamente al fin de la citada *ley* 1., de cuyo particular se tratará en lugar oportuno.

72. Admitida la apelacion en el efecto que haya lugar segun derecho, atendidas la regla y limitaciones indicadas, concluye el Juez todo su oficio con dos partes: Satisface á la primera, haciendo dar al que apela testimonio claro y expresivo, que acredite la naturaleza de la causa, la cantidad sobre que se litiga, y las demas calidades que previene la *ley* 10. *tit.* 18. *lib.* 4.; y cumple

con

con la segunda, señalándole plazo conveniente, para que se presente y mejore su apelacion ante el Juez de la alzada, segun dispone en su primera parte la *ley 2. del prop. tit. y lib.*, y no señalándole plazo, gozará de los que contiene la misma *ley 2.*

73. Tambien requiere la apelacion para que sea legítima, que se admita derechamente para el Juez superior inmediato del que dió la sentencia, sin que pueda hacerse á otro mas alto, *omisso medio*, como se dispone en las *leyes 1. y 18. tit. 23. Part. 3. ibi*: "Agraviándose alguno del juicio que le diese su Judgador, puédese alzar dél á otro que sea Mayoral. Pero el alzada debe ser en esta manera, subiendo de grado en grado, todavia del menor al mayor, non dexando ninguno entre medias." *Cap. 66. ext. de Appellat.*: *cap. 3. de Appellat. in Sext.*

74. Contra estas literales disposiciones, que aseguran el debido honor y decoro á los Jueces, para no ser defraudados de su autoridad y jurisdiccion; y facilitan la natural defensa á las partes con menores gastos, que los que sufririan con la mayor distancia de los Jueces, si se omitiesen los inmediatos, de que resultaria ademas conocida turbacion y arbitrariedad de las partes que apelan; se fué introduciendo insensiblemente en los Tribunales Eclesiásticos el abuso de venirse derechamente á usar de la apelacion, y de otros recursos, al Tribunal de la Nunciatura, ántes del establecimiento de la Rota Española, omitiendo los Metropolitanos que debian conocer de la causa en las segundas instancias; y este desórden, y el agravio general que producia á las partes y á la causa pública, excitó el zelo y vigilancia del Consejo, ocurriendo á su enmienda por una carta circular de 26. de Noviembre de 1767., repetida en otra del año 1778., señaladamente en el capítulo 11. de la primera.

75. La *ley 2. tit. 5. lib. 2. de la Recop.* señala los Reynos y comarcas de donde deben ir las apelaciones á las dos Chancillerías de Valladolid y Granada, declarando al fin,

fin, para quitar toda duda, que estando las Ciudades y Villas en una de las dichas comarcas, aunque en su término y jurisdiccion tengan Lugares de la otra, que todos los Lugares sigan la cabeza de jurisdiccion. La *ley* 20. *tit.* 4. *lib.* 2. ratifica en su principio la misma regla; y la 39. *del expresado tit.* 5. *lib.* 2., siguiendo el espíritu de la citada *ley* 2. declaró para el recurso de las fuerzas, que residiendo los Jueces Eclesiásticos en el territorio de alguna de las dos Chancillerías, aunque las partes correspondiesen al otro, fuesen los procesos á la del territorio en donde residia el Juez Eclesiástico; y lo mismo se declaró con respecto á la Audiencia de Sevilla en la *ley* 7. *tit.* 2. *lib.* 3.

76. Esta Audiencia y las demas que se han establecido en el Reyno tienen sus respectivas demarcaciones, y son los Tribunales inmediatos, á donde deben ir las apelaciones de los Jueces que residen dentro de sus términos.

77. Esta es la regla general; pero recibe algunas limitaciones que refieren las leyes. La primera es quando la causa es de menor quantía que no excede de 30∂. mrs., á que se extendió, por la *ley* 19. *tit.* 18. *lib.* 4., la que estaba señalada en las *leyes* 7. *y* 18. *del prop. tit. y lib.*; pues habiendo costumbre en estas causas de que sus apelaciones vayan al Concejo, Justicia y Oficiales de la Ciudad de la jurisdiccion, donde el Juez dió la sentencia, estos son los Jueces inmediatos, y con su sentencia se acaba el pleyto; bien que estando el Juez que dió la sentencia en los Lugares donde hay Chancillerías y Audiencias, ó á ocho leguas de distancia, pueden las partes elegir Tribunal, ya sea la Audiencia, ó el Ayuntamiento de la Ciudad.

78. En los Lugares de las quatro Órdenes Militares, comprehendidos en los territorios de las Chancillerías y Audiencias, usa el Consejo de Órdenes de jurisdiccion en las apelaciones y recursos, á prevencion con las mismas Chancillerías y Audiencias, por gracia y merced de los

Se-

Señores Reyes, autorizada con una práctica constante: sobre lo qual declaró lo conveniente el Señor Don Felipe V. en el *auto acordado 9. tit. 1. lib. 4.*

79. De esta preventiva jurisdiccion entre dicho Consejo y las Chancillerías resultaban muchas vexaciones y daños á las partes y á la causa pública; pues apelando una al Consejo y otra á la Chancillería, librabán sus respectivos despachos para que se remitiesen los autos con emplazamiento á las partes; y no pudiendo las Justicias ordinarias cumplir con los dos, padecian atropellamientos en sus personas y en sus bienes; y por estas repetidas experiencias, se hizo entender al de Ordenes y á las Chancillerías, que quando disputasen en tales casos su jurisdiccion preventiva, no apremiasen á las Justicias, ni á las partes, y recurriesen al Consejo para que enterado por las respectivas diligencias de dichos Tribunales de la anticipada prevencion, dexase expedito su conocimiento.

80. La tercera excepcion de la enunciada regla consiste en que las partes pueden recurrir al Rey derechamente con sus apelaciones, como se dispone en la citada *ley 18. tit. 23. Part. 3. ibi*: "Pero si alguno quisiese lue„go tomar la primera alzada para el Rey, ante que pasase „por los otros Jueces, decimos que bien lo puede facer. „E esto, porque el Rey ha señorío sobre todos, é pué„delos judgar."

81. En esta razon que pone la ley antecedente, se demuestra el poder de los Reyes para juzgar todas las causas de sus súbditos, ya sea por su propia persona, ó por los Tribunales á quienes quiera remitirlas. De esta autoridad suprema, y del beneficio que produciria, si usasen de ella los mismos Reyes, permitiéndoselo los importantes negocios del gobierno de sus Reynos, trató de intento Marquez, *en su Gobernador Christiano lib. 1. cap. 19. §. 2.*

82. La *ley 19. tit. 23. Part. 3.* dispone: Que de las alzadas que se hacen al Rey conozcan aquellos que juzgan qüotidianamente en su Corte. Estos son los del Conse-

sejo Real, que como Ministros colaterales del Rey despachan con su inmediata representacion; y á fin de hacer justicia á los que vienen á su Corte á pedirla, se ordenó en la *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 2., que el Rey se sentase en público dos dias en la semana con los de su Consejo, y con los Alcaldes de su Corte; y que lo hiciese en los dias Lúnes y Viérnes. Los Señores Reyes Católicos restringiéron los dos dias al Viérnes perennemente; pero no se desprendiéron de oir y despachar los negocios de justicia con su Consejo, lo mas pronto que fuese posible, tomándose á este fin el trabajo de andar por todas las tierras y Señoríos, usando y administrando justicia, acompañándoles el Consejo y los Alcaldes, como se manda en la *ley* 5. *del prop. tit. y lib.*

83. En todos tiempos han confiado al Consejo los Señores Reyes de España los negocios de mayor importancia y gravedad, concediéndole amplísimas facultades, para conocer de todos los asuntos que le pareciere que convienen al mejor gobierno del Reyno, como se dispone en la *ley* 22. *tit.* 4. *lib.* 2. Tambien se reservan al Consejo, por la misma consideracion de su alta confianza, otros muchos negocios de gravedad, en que están inhibidas las Chancillerías y Audiencias; y de ellos hacen mérito la *ley* 8. *tit.* 5. *lib.* 1.: la 4. *tit.* 5. *lib.* 2.: la 62. *capit.* 25. *tit* 4.: la 81. *tit.* 5. *lib.* 2.: *auto* 1. *tit.* 4. *lib.* 2., *y otras muchas de la Recop.*, debiendo observarse que, aunque en algunas leyes se mandan remitir á las Chancillerías y Audiencias los negocios de ciertas clases, en ninguna se halla inhibido el Consejo; y le queda expedita su autoridad para conocer de los que entienda que conviene al mejor servicio del Rey y beneficio de las partes, ya sea por la gravedad de la causa, ó por la proxîmidad de los Pueblos, aunque estén fuera del rastro de la Corte, y comprehendidos en la demarcacion de las Chancillerías.

84. De estas facultades he visto usar algunas veces; pero siempre con prévia y detenida instruccion, que asegu-

gure la utilidad de traer al Consejo la causa, que en otros términos iria á la Chancillería del territorio.

85. Tambien están reservadas al Consejo, y no pueden ir á las Chancillerías, las apelaciones de diferentes causas, que aunque se hayan seguido por las Justicias de los territorios de las Chancillerías y Audiencias, corresponden inmediatamente al Consejo por la naturaleza de la materia que comprehenden, y por otro respecto de utilidad pública, segun se expresa en las *leyes* 20. *y* 23. *tit.* 4. *lib.* 2. y en otras muchas. Para las causas civiles de que conocen en Provincia los Alcaldes de Corte, se ordenó (y en excepcion de la regla antecedente) que sus apelaciones vayan al Consejo, ó á los mismos Alcaldes que conocen de lo civil. Estas disposiciones recibiéron mucha variedad desde su establecimiento hasta el estado presente, así en la cantidad de que podian conocer los Alcaldes en la apelacion, como en los que han de ser Jueces en esta segunda instancia.

86. La *ley* 20. *tit.* 4. *lib.* 2. hace supuesto de que todas las apelaciones de qualesquier Jueces, así ordinarios, como delegados, deben ir á la Chancillería; y por limitacion de esta regla pone, entre otras, la siguiente: "Que »las apelaciones de los Alcaldes de la nuestra Casa, y Cor»te de las causas civiles, porque los pleyteantes no sean »fatigados con gastos, queremos que vayan ante los de »nuestro Consejo, estando en el Lugar, donde el tal ne»gocio se determinare."

87. La *ley* 2. *tit.* 6. *lib.* 2. dispone: Que en las causas civiles, de que conocieren los Alcaldes de Corte, "no »aya apelacion, ni suplicacion, ni agravio, ni nulidad, »salvo para ante Nos, y los del nuestro Consejo, y no »para ante los Oidores de la nuestra Audiencia, ni para »otro alguno." Estas dos leyes no determinan los Alcaldes que podian conocer de lo civil, y es argumento de que lo podian hacer todos, cuyo número, segun expresa la enunciada *ley* 2., se reducia á quatro.

88. Por la *ley* 16. *del propio tit. y lib.* se acrecentá-

ron hasta seis, encargando á los quatro el conocimiento de las causas criminales, y reservando á los dos el de las civiles de la Corte y rastro. Estos dos Alcaldes no estaban destinados con perpetuidad á las causas civiles, pues se debian elegir por turno, como se expresa en el §. 13. de la misma ley; y aunque no dice por quanto tiempo debia durar esta eleccion, y repetirse otra sucesivamente de los restantes Alcaldes, manifiesta en el §. 14., que el nombramiento debia hacerse cada año por turno, concluyendo con que el exercicio de lo civil alternaba anualmente entre los seis Alcaldes.

89. Esta disposicion no solo tuvo efecto para las nuevas causas que ocurriesen, sino tambien para las que estaban pendientes ante los mismos dos Alcaldes nombrados, y ante los otros que conocian tambien de lo civil; demostrándose que todos entendian en lo criminal y en lo civil.

90. No era de esperar que durase mucho tiempo esta legislacion, porque los dos Alcaldes que se nombraban no tenian la instruccion conveniente de las causas que pendian ante los otros, y á estos sucedia lo mismo respecto de las que pendian ante los dos Alcaldes, quienes las iban dexando á los que entraban en turno; y así sucederia muchas veces, que las mismas causas que habian empezado unos Alcaldes, aunque volviesen á ellos pasado el turno de los otros, ya no las conociesen, por lo que se habria adelantado en ellas, y por el diferente órden que acostumbran dar los Jueces en el progreso y substanciacion, haciéndose por todo mas embarazosa la expedicion de los negocios, quando interesa tanto su brevedad.

91. Si uno de los dos Alcaldes, que estaban en turno para conocer de las causas civiles, se hallase enfermo, ó legitimamente impedido, despachaba el otro las suyas y las del compañero con los ocho Escribanos de Provincia, como se dispone en el §. 16.; y esta es otra circunstancia que prometia poca duracion de este estableci-

mien-

miento, que hasta entónces gobernaba el progreso y determinacion de las causas en primera instancia.

92. No fué mas feliz lo que se dispuso en el §. 17. acerca de las apelaciones de las sentencias que daban estos dos Alcaldes; pues encargó su conocimiento á los mismos, no llegando la cantidad á 50ϑ. mrs.; y como el uno de ellos habia ya dado su dictamen en la sentencia de primera instancia, no era fácil que entrase en la segunda con aquella indiferencia que corresponde; y esta era otra circunstancia que hacia poco segura la justicia, y la ponia en ocasion de freqüentes discordias, con mayores gastos de las partes y dilacion de las causas. Este es un efecto del amor propio que ocupa tambien hasta los Jueces mas superiores. Los Prefectos Pretorios lo fuéron entre los Romanos, y sin embargo sospecháron que no reformarian las sentencias que hubiesen dado. Así se explica la *ley* 35. *Cod. de Appellation.* ibi: *Et si alius quidem Præfectus, credibile est, quia rescindet quæ fuerint ab altero judicata: si vero idem ipse fiat Præfectus iterum, is, qui jam sententiam tulit, contra cujus calculum, et supplicationes oblatæ sunt, quia præsumitur pro vetere sua sententia dicturus, jubet constitutio, ut Quæstor una audiat cum ipso iterum aut tertium Præfecto creato, et examinante suas in priore magistratu dictas sententias, statuens, ut nulla sit contra hujusmodi sententias retractatio.*

93. Así lo acreditó la experiencia, obligando á que se variase y diese nueva forma en el conocimiento de las causas civiles en primera instancia, y en las apelaciones; pues en aquellas debian conocer los cinco Alcaldes, despachando cada uno con dos Escribanos de Provincia, y en las apelaciones los dos nombrados por turno, con tal que la sentencia, de que se apela, no fuese dada por alguno de ellos; en cuyo caso se habia de nombrar otro por el Presidente, para que entrase en su lugar. Esto es lo que se determinó y enmendó en la *ley* 18. §§. 1. 3. *y* 4. *tit.* 6. *lib.* 2.

94. En esta forma continuó, hasta que á representa-

cion del Sr. Conde Presidente, y á consulta del Consejo, se expidió Real Cédula en 6. de Octubre de 1768., por la qual se estableció: Que se dividiese Madrid en ocho Quarteles, debiendo situarse en cada uno por su antigüedad igual número de Alcaldes: Que los referidos ocho Alcaldes despachasen las causas civiles en primera instancia, como lo hacian ántes los cinco, executándolo los seis mas antiguos con uno de los Escribanos de Provincia, y los dos mas modernos con dos Escribanos cada uno: Que las apelaciones, que ántes iban á los Alcaldes, fuesen en adelante á la Sala segunda del Crimen, que se formó y dividió por la misma Real Cédula. Todo lo qual se ha observado con la mayor exâctitud y puntualidad, habiendo producido el uso de las demas disposiciones, que contiene dicha Real Cédula, el buen órden y tranquilidad que gozan desde entónces los moradores de Madrid.

95. Pero habiéndose recargado la referida Sala segunda con los pleytos que iban á ella en apelacion de las sentencias dadas por los Alcaldes y por los Tenientes de Madrid, siendo conveniente relevarla de ellos en alguna parte, para que los litigantes lograsen mas pronto despacho; y al mismo tiempo le tuviesen los negocios criminales de la dotacion de dicha Sala, resolvió S. M. á consulta del Consejo, y se expidió Real Cédula en 19. de Abril de 1785., por la qual se dispone y manda: Que los pleytos de menor quantía, que por la enunciada Real Cédula de 6. de Octubre de 1768. debian ir por apelacion á la Sala segunda criminal, se repartiesen por turno entre esta y la Sala primera, conociendo aquella de dos causas y esta de la tercera; y así por el mismo órden, empezando el turno de las dos causas por dicha Sala segunda, que se debe observar igualmente en las causas de despojos, y en otras que remitiese el Consejo á las referidas Salas en los casos de sus apelaciones.

96. La citada Real Cédula de 6. de Octubre de 1768. no hizo novedad en la quota, de que podian conocer los dos Alcaldes en la instancia de apelacion; y así quedó reducida-

ducida á 3003. mrs., que es la última cantidad señalada por resolucion de S. M. á consulta del Consejo de 9. de Setiembre de 1750., y componen 8823. reales, 18. maravedis de vellon.

97. Las apelaciones de las sentencias que dan los Alcaldes que despachan las causas civiles en Provincia, excediendo de la cantidad referida, van al Consejo en Sala de Provincia. De las que dieren el Corregidor, ó sus Tenientes, excediendo de esta cantidad, corresponden al Consejo, segun el *aut. acord.* 3. *tit.* 18. *lib.* 4.

98. Como en algunas causas no puede reducirse el interes á cantidad determinada, se ofrecian freqüentes dudas, sobre si las apelaciones debian ir á la Sala, ó al Consejo. Yo he visto que se llevaban á la de Provincia los pleytos sobre despojo de casas, y que se admitian algunas veces sus apelaciones, y en otros se declaraba corresponder á la Sala.

99. De las causas entre los indivíduos de los gremios menores de Madrid, sobre la observancia y cumplimiento de sus ordenanzas, conocen los Alcaldes de Provincia en primera instancia, y sus apelaciones van siempre á Sala segunda; pero quando se trata de la inteligencia, interpretacion ó declaracion de alguna de dichas ordenanzas, corresponden las apelaciones al Consejo en Sala de Gobierno, por dimanar de ella la aprobacion de las ordenanzas.

100. Del modo y progreso con que se mejoran las apelaciones, así en la Sala, como en el Consejo, y del efecto que causan las sentencias que se dieren, confirmando, ó revocando las de primera instancia, se tratará oportunamente en otro capítulo.

CA-

CAPÍTULO III.

De la mejora de la apelacion, su progreso y fin.

1. Admitida la apelacion por el Juez de primera instancia, traslada al Superior inmediato el conocimiento de la causa en las partes ó artículos que comprehende; pero como estos hechos y sus efectos, aunque sean ciertos para la ley, no lo son para el Juez superior, debe probarlos la parte que apeló, por ser el fundamento de su intencion, á cuyo fin se presenta en su Tribunal con poder suficiente, y testimonio de la apelacion, en la forma siguiente.

M. P. S.

2. N., en nombre y en virtud del poder que en debida forma presento de N., vecino de T., ante V. A. me presento en grado de apelacion, nulidad, queja, agravio, ó por el recurso que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos del Alcalde mayor de T., señaladamente de la sentencia difinitiva, que dió en tantos de tal mes, en los que contra mi parte ha seguido N., vecino de T., por la qual condenó á dicha mi parte á que en el término de 9. dias pague á la contraria 10∂. reales, de la qual sintiéndose agraviada interpuso apelacion en tiempo y forma, y le fué admitida en ámbos efectos, como se acredita del testimonio que con la solemnidad necesaria presento: En cuya atencion. A V. A. suplico, que habiendo por presentados el poder y testimonio referidos, se sirva mandar librar vuestra Real Provision, para que el Escribano, en cuyo poder paran los autos, los remita originales en el breve término que se le señale; y venidos que sean, se me entreguen para mejorar la apelacion, y exponer los agravios que contiene la citada sentencia: por ser todo de justicia que pido, juro lo necesario &c.

Al-

3. Algunas veces se presenta la parte que apeló en el Tribunal superior sin testimonio de la apelacion interpuesta y admitida, refiriendo y motivando la dilacion y vexaciones que le causan el Juez y Escribano, retardando el testimonio que ha pedido con repetidas instancias; y aunque concluyen pidiendo, que se manden remitir los autos, se provee el correspondiente, limitado á que dentro del breve término que se le señala, el Juez mande darle el testimonio de la apelacion que hubiere interpuesto, ó interpusiere en tiempo y forma, y que el Escribano lo cumpla con apercibimiento.

4. Esta práctica observada constantemente en los Tribunales superiores, como lo he visto muchas veces en el Consejo, confirma la necesidad de probar la apelacion, como fundamento de la parte que recurre.

5. Si en el término señalado no le diesen el testimonio, vuelve la parte al mismo Tribunal, quejándose del Juez y Escribano, y presentando unas veces la Provision original con los requerimientos ó citaciones puestas á su continuacion, y otras con solo el testimonio de las notificaciones. En el primer caso, constando ser pasado el término, se manda librar sobrecarta á costa del Juez ó Escribano que haya motivado la dilacion; y en el segundo, se libra nuevo despacho sin la expresion de que sea sobrecarta, aunque el efecto es uno mismo.

6. La *ley 22. tit. 23. Part. 3.* expresa el término en que se puede apelar, el modo y forma en que se debe hacer, y lo que se debe pedir, refiriendo en esta última clase lo siguiente: "E pido que me dedes vuestra carta »para él, é el traslado de la sentencia, é de los actos del »pleyto, como pasáron ante vos." La *ley 26. del prop. tit. y Part.* expresa al mismo intento lo que debe pedir el que apela, y le debe dar el Juez. "Mas dévenles pedir man»samente, que les dén el pleyto como pasó, é las razo»nes como fuéron tenidas, é el juicio que fuera dado so»bre ellas: é el Alcalde de quien se alzaren, dévelo facer, »dándoles traslado de todo, bien, é lealmente, non crecien»do,

»do, nin menguando ninguna cosa, é sellar el escrito con »su sello. É esto ha de ser fecho, fasta tercer dia despues »que se alzáron de su juicio, ca de otra guisa, aquel que »ha de judgar el alzada, non podria bien entender, »si se alzó la parte con derecho, ó non." Prosigue la ley y dice: "Otrosí mandamos, que el Juez, luego que »oviere dado el escrito á las partes, que les ponga plazo »guisado, á que puedan presentar, é seguir el alzada an»tel Rey, ó antel Alcalde que la oviere de judgar."

7. La *ley* 27. *siguiente* previene lo que debe hacer el Mayoral que ha de juzgar el alzada, y pone lo primero: "Que pues que las partes, ó alguna de ellas parecie»re antel, que ha de abrir la carta en que es escripta el »alzada, é catar muy afincadamente el pleyto como pa»só, é las razones como fuéron tenidas, é el juicio co»mo fué dado."

8. Todas las leyes, que se han referido, reunen sus disposiciones á que la parte que apela se ha de presentar ante el Juez superior con el traslado del proceso integro; y en ninguna se hace memoria de que pueda hacerlo con solo el de la sentencia, su apelacion y admision, que es el testimonio de que se usa ahora.

9. La *ley* 2. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* dispone igualmente, que la parte que apela debe presentarse en el plazo que le señale el Juez, ó en el que contiene la misma ley, ante el Superior con el proceso; y esto lo repite tres veces: *ibi*: "Y parescer con el proceso ante el Juez »de las alzadas : : : : y la parte que uviere de seguir el »alzada, sea tenido de se presentar ante el Juez de »las alzadas con todo el proceso del pleyto; y si con el »proceso del pleyto no se presentare, que no sea oido »en el pleyto de la alzada, y la sentencia finque firme."

10. Como esta ley fué establecida y publicada por el Señor Rey Don Alonso XI. en las Cortes de Alcalá, Era de 1386., siguió lo dispuesto en las leyes de Partida que se publicáron al mismo tiempo.

11. La *ley* 15. *del prop. tit. y lib.* ordena: "Que en »las

"las causas que vienen á las nuestras Audiencias por via "de apelacion, ó remision, tengan las partes para se presentar, y venir, y seguir las causas, y traer los procesos, "los términos que están ordenados por la ley de Alcalá, "que es la 2. de este título, que si fuere aqüende los Puer"tos sean quince dias, y si allende, quarenta;" confirmándose por la disposicion de esta ley, que la parte que apela debe presentarse con los procesos ante el Juez de la alzada.

12. La *ley* 10. *del mismo tit. y lib.* es la primera que hace memoria de los testimonios de la apelacion, con que se presentaban las partes que apelaban ante los Jueces superiores; no porque esta ley introduzca tal novedad, ántes bien supone, que se usaba ántes acudir al Juez de la alzada con los testimonios de la apelacion, pero que eran tan diminutos y obscuros, que habian producido grandes inconvenientes, por no entenderse bien la cantidad de la demanda, y si la causa era civil ó criminal, y si las apelaciones estaban admitidas en los dos efectos, ó en uno solamente; y en estos supuestos reduce la ley sus disposiciones, á que se extendiesen dichos testimonios con la claridad conveniente en esta parte, como en efecto se observa. De aquí se puede concluir por la serie de las enunciadas leyes, que esta práctica de presentarse al Superior con los testimonios sucintos de la apelacion debió su orígen al uso y estilo de los Tribunales, y que despues se autorizó por la ley, conociendo las ventajas que por este medio lograban las partes y la causa pública, de las que se notarán algunas en el progreso de este capítulo.

13. La apelacion se admite de quatro modos: Primero, diciendo expresamente que la admite en ámbos efectos, devolutivo y suspensivo: Segundo, quando dice que admite la apelacion, sin expresar en que efectos, ni poner otra alguna limitacion: Tercero, quando la admite en quanto ha lugar en derecho; y el quarto, diciendo que la admite solamente en el efecto devolutivo y no en el suspensivo.

14. En el primer caso, que se ha de acreditar con

el testimonio de la apelacion, manda librar el Juez superior provision ó despacho, para que se le remitan los autos originales, logrando las partes y el Público mayor expedicion y brevedad en el seguimiento de aquella instancia, y escusando los gastos de la compulsa; y estas son dos ventajas muy considerables que no podia conceder el Juez inferior, porque estaba ligado á dar copia ó traslado de los autos, segun lo disponen las leyes referidas.

15. No se hace agravio al Juez inferior en pedirle los autos originales: porque habiendo deferido á la apelacion en los dos efectos, le son inútiles, y no puede proceder en ellos, por haber apartado de sí toda su jurisdiccion, ligándose las manos, y quedando inhibido para proceder en aquella causa; y así el Juez superior no ofende al inferior con la inhibicion virtual que contiene la remision de autos originales, ántes bien va conforme á su intencion.

16. Procede esta doctrina y el uso de los Tribunales aun en los casos, en que el Juez inferior concediese la apelacion en las causas, que por su calidad y naturaleza no la admiten en el efecto suspensivo: porque en quanto está de su parte, se desprendió de toda su jurisdiccion y conocimiento; y constando por el testimonio de la apelacion haberla admitido en los dos efectos, estima el Juez superior, por el concepto y presuncion que debe tenerse á favor de la justicia en los procedimientos de los Jueces, entre tanto que no se pruebe y declare lo contrario, que la apelacion es legítima en los dos efectos, en que fué admitida; y procede por conseqüencia que no se le hace agravio, en que se manden remitir los autos originales, aun quando la parte apelada lo contradiga, motivando que la sentencia dada á su favor es executiva: porque este incidente, en el qual se trata de la nulidad ó revocacion del auto del Juez inferior, en que admitió la apelacion en los dos efectos, pide audiencia, conocimiento y decision, y no debe embarazar entre tanto el progreso de la causa principal, especialmente para que

que se lleve original al Juez superior, en cuyo Tribunal podrá tratarse y decidirse este artículo prévio por los mismos hechos, calidad y naturaleza del proceso, así como se hace para inhibir al Juez inferior, quando él no se inhibió en la apelacion, limitándola á solo el efecto devolutivo, y reservándose la jurisdiccion para executar su sentencia.

17. Esta práctica de los Tribunales es conforme á la razon, y á lo que dispone el derecho, señaladamente en el *cap.* 5. *de Appellat. in Sext.*, y á lo que con mas extension tratan y fundan los Autores, especialmente Salg. *de Reg. part.* 3. *cap.* 18. y Lancelot. *de Attentat. part.* 2. *cap.* 12. *limit.* 1. *n.* 71. *y siguientes.*

18. En el segundo caso referido proceden uniformemente todas las disposiciones que se han aplicado al primero: porque admitida la apelacion, sin expresion de que sea en los dos efectos, ni restriccion de que se entienda en solo el devolutivo, queda el auto de admitir la apelacion en forma indefinida, que equivale á la universal, concurriendo alguna razon de equidad y beneficio, como lo explican con claridad y distincion Covarrub. *Variar. lib.* 1. *cap.* 13. Castill. *Controv. lib.* 1. *cap.* 44. y *lib.* 8. *cap.* 46. con otros muchos que refieren; y verificándose en la apelacion la equidad y favor, en que se interesa la natural defensa á que se dirige, es preciso entenderla con toda la amplitud posible á beneficio de la parte que apela; siendo uno de los casos en que la oracion indefinida de admitir la apelacion tiene el mismo efecto, que la universal de admitirla en todos los que la puedan corresponder, que son el devolutivo y suspensivo.

19. Concurre tambien en confirmacion de la doctrina antecedente, que el Juez de quien se apela puede dar ley clara al acto de su jurisdiccion, y quando no lo hace, se le debe imputar su negligencia, y entenderse con toda la extension del derecho á beneficio de la equidad y de la natural defensa: *ley* 2. *tit.* 33. *Part.* 7. *ibi*: "De-

»be interpretar la dubda contra aquel que dixo la pala»bra, ó el pleyto escuramente, á daño del, é á pro de la »otra parte." *Ley 39. ff. de Pactis.*

20. El que apela siempre desea y pide que se le admita la apelacion en ámbos efectos; y respondiendo el Juez simplemente, que la admite, se entiende que se refiere á la pretension de la parte, y que repite las mismas calidades y condiciones de que sea en los dos efectos. La prueba de esta proposicion se toma de la *ley 24. tit. 11. Part. 5.* en aquellas palabras: "E esto seria, como si di»xese un ome á otro: ¿Prométesme de dar un caballo, »é una mula? Ca si el otro dixese simplemente, prome»to; vale la promision en todo." Y es la razon, porque para valer la estipulacion, ha de concordar enteramente la respuesta con la pregunta, como se dispone en la *ley 26. del prop. tit. y Part.*; y se entiende que es uniforme, quando simplemente se promete lo que se ha estipulado ó pedido con palabras copulativas, como si expresamente las repitiese en su respuesta.

21. Al propio intento conduce el §. 5. *Instit. de Inutilib. stipulat.* en el qual se propone, que si uno estipulase *sub conditione, vel in diem*, y se le respondiese simplemente, *promitto*: se resuelve, *breviter videris in eundem diem, vel conditionem spopondisse.* Y el Vinnio sobre el versículo: *Neque enim necesse est*, explica la misma repeticion, ibi: *Sed simpliciter respondendo, spondeo, aut promitto, responsio ad universam conceptionem, atque ad omnia interrogata refertur: nam ut stipulator verba concepit, et quasi præivit, ita respondisse intelligitur.* Lo mismo se dispone en el §. 17. *del referido título*: *Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, siquidem promissor simpliciter respondeat dare spondeo, propter omnes tenetur.*

22. Si los Jueces admiten la apelacion con la cláusula, *en quanto ha lugar en derecho*, como lo hacen freqüentemente, dan motivo á las partes para que duden y disputen, si dicha apelacion produce los dos efectos devolutivo y suspensivo, ó solamente el primero; y aun si acaso se

ex-

extiende á excluir los dos, considerando que la causa por su naturaleza y condicion no puede admitir de modo alguno apelacion. Para embarazarse en estas controversias, toman ocasion de la opinion y doctrina de algunos Autores.

23. Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 18. *n.* 1. *y* 2. procede en el supuesto de que la apelacion, en los dos primeros casos de ser admitida expresamente en los dos efectos, ó simplemente como se ha referido, dexa sin jurisdiccion al Juez de la causa, y traslada todo su conocimiento al Superior, y establecida esta conclusion como regla general en la materia, continúa con la siguiente limitacion: *Secus autem quando cum clausula (si, et in quantum de jure admitti potest), qua quidem clausula frequenter uti Judices adsolent, quæ operatur, uti si de jure admittenda sit, et deferendum, delatum censeatur: secus autem si deferri de jure non debeat, quia non intelligitur ei delatum, sed omnino à jure delatio pendet.* Lanceloto *de Attentat. part.* 2. *cap.* 12. *limitat.* 1. *desde el n.* 72. procede sobre la misma regla indicada, y al 90. pone por limitacion de ella el caso en que se admita la apelacion con la cláusula referida, *en quanto ha lugar en derecho*: *Quoniam hoc casu, si de jure non erat deferendum, non censetur delatum.* Refiere en comprobacion de su opinion muchos Autores, siendo uno de estos Menoch. *de Recuperand. posses. remed.* 9. *n.* 331. ibi: *Nisi admissa fuisset appellatio hæc cum clausula, si, et quatenus de jure admitti potest: operatur enim clausula hæc, ut si admittenda sit, recte admissa censeatur, alias rejecta.*

24. Por estas explicaciones queda reducida la opinion de los referidos Autores á un hecho incierto con respecto á las partes, cuya ignorancia forma una condicion relativa al tiempo pasado ó presente, y hasta que se purifique por la declaracion del Juez, que debe hacerla con expresion de si el derecho admite la apelacion en aquella causa de que se trata, ó si tiene lugar solamente en el efecto devolutivo, ó si comprehende los dos, están

tán las partes impedidas de usar del que las corresponda, y viene á concluirse en el concepto de los Autores citados, que el auto de admitir la apelacion, *en quanto haya lugar en derecho*, es ilusorio; pues nada dice, y se ha de esperar á que se verifique por otro auto posterior declaratorio la condicion que incluye el primero, reducida á si el derecho permite tal apelacion, y con que efectos.

25. Esta inteligencia se desvia mucho de la seguridad y claridad que piden y recomiendan las leyes en todas las sentencias de los Jueces, como lo es la de otorgar la apelacion.

26. La *ley* 3. *tit.* 22. *Part.* 3. dice: "Cierto, é derechero, segund mandan las leyes de nuestro libro, é catada, é escodriñada, é sabida la verdad del fecho, deve ser dado todo juicio, mayormente aquel que dicen sentencia difinitiva." La 14. *del prop. tit. y Part.* añade: "So condicion non deven los Judgadores dar sus juicios, é si por aventura los diesen, é la parte contra quien fuesen dados, se alzase, por tal razon como esta lo podria revocar el Juez del alzada." Al mismo intento conduce la ley 1. §. 5. *ff. Quando appelland. sit*, ibi: *Sane quidem non est sub conditione sententia dicenda*; y la *ley* 37. *ff. de Excusationib. tutor.*

27. De esta condicion, que se refiere al tiempo pasado, habla la *ley* 12. *tit.* 11. *Part.* 5., y es conforme en su disposicion á la del §. 6. *Institution. de Verbor. obligat.* explicada por Vinnio sobre el *vers. Aut statim infirmant obligationem*: ibi: *Sed cum ignorantiam nostram spectamus, videtur obligatio suspendi, quia apud nos in suspenso est, utrum conditio extiterit, necne: cujus ipsius ignorantiæ ratione dicitur obligatio perimi, aut infirmari, cum apud nos certum esse incipit conditionem esse falsam.*

28. Considerando por una parte, que los Autores referidos tendrian presentes los perjuicios que sentirian las partes y el Público, si aquellas no podian usar libremente de su derecho, continuando la apelacion que fué admi-

mitida con la cláusula general, *en quanto ha lugar en derecho*, y observando por otra la uniforme inteligencia que han dado los Tribunales al referido auto con extension á los dos efectos devolutivo y suspensivo, conviene conciliar el dictamen de los Autores y sus fundamentos con la práctica de los Tribunales, distinguiendo dos casos: Uno, que admitida la apelacion *en quanto ha lugar en derecho*, gobierna lo dispuesto por regla general, entre tanto que no se prueba su limitacion; y como en el derecho es cierto, y lo es tambien para las partes, que toda apelacion tiene por la regla indicada los dos efectos, pues con la posibilidad de introducirla en el término de los cinco dias, mucho mas con interponerla, y con mayor razon despues de admitida, se ligan las manos del Juez inferior, y extingue su jurisdiccion para los procedimientos sucesivos, viene á quedar aquella apelacion, admitida *en quanto ha lugar en derecho*, en una disposicion positiva, sin duda, ni condicion alguna: porque si la ley es cierta, y el Juez sabe los efectos que da á la causa de que se trata, y es tambien cierta la misma ley para las partes, pues ni aun pueden alegar su ignorancia, es preciso que se estime la apelacion con todo el favor y beneficio posible, en utilidad de las partes, ó de su natural defensa.

29. Si alguna de las partes reclamase la enunciada apelacion, y acreditase que por la naturaleza y calidad de la causa no debe suspender la execucion de la sentencia, y se declarase así con audiencia instructiva de los interesados, cederá entónces la regla general y sus efectos á la especial de su limitacion, y retrotrayéndose al tiempo en que se admitió la apelacion *en quanto habia lugar en derecho*, podrá entenderse que desde entónces salió restringida á solo el efecto devolutivo, y que pendia de su declaracion posterior, pero sin alterar entre tanto la regla que siguen los Tribunales superiores, mandando en su conseqüencia librar provision ó despacho, para que se remitan los autos originales, por los favorables efectos

que

que se han explicado en los dos casos antecedentes, viniendo á ser todos tres uniformes en sus efectos.

30. Algunas veces se mandan remitir los autos originales, aunque la apelacion se haya admitido solamente en el efecto devolutivo, por ser verdaderamente executiva la causa y su sentencia, con tal que esté executada al tiempo en que sea requerido el Juez inferior, ó en el que se le conceda para ello: porque en estos casos, verificado el pago y satisfaccion, ha concluido su oficio el inferior, la parte está reintegrada, y no padece perjuicio alguno; y la que apeló escusa los gastos de la compulsa, minora los del correo ó conduccion en la parte que excede á los originales, como sucede comunmente, y adelanta el tiempo para la expedicion de la instancia, en lo que se interesa tambien la causa pública; y en consideracion á estos tan importantes fines proceden los Tribunales superiores por todos los medios posibles, para que se logren, conciliándolos con el interes de las partes contrarias, y que no se perjudiquen.

31. Si los autos son de crecido volumen, y la sentencia dada en ellos puede executarse, reservando el Juez inferior testimonio ó copia integra de ella, por contener cantidad cierta, ó restitucion de cosas determinadas, sin dependencia de los mismos autos, he visto mandar algunas veces, que el Juez inferior reserve testimonio integro de la sentencia, y de alguna otra parte de los autos que sea necesaria y conducente para la execucion, y proceda en ella con estos documentos, remitiendo luego los autos originales.

32. Pero no concurriendo alguna particular circunstancia que excite la equidad á favorecer la parte que apeló, sin perjudicar á las otras, se libra en este caso el despacho compulsorio y de emplazamiento, siguiendo el dictamen del Juez inferior, sin embarazar el conocimiento que se reservó: porque como no se debe revocar su auto, sin que vengan los originales, ó por compulsa, tomando de ellos el conocimiento instructivo que corres-

pon-

ponde, con audiencia de las partes, como se expondrá en su oportuno lugar, ha de seguir entre tanto el juicio del Juez inferior, que consta del testimonio que se presenta.

33. El que apela, de qualquier modo que le sea admitida la apelacion, lleva por único fin enmendar con la sentencia del Superior el agravio que concibe haberle hecho el inferior en la suya, mejorando al mismo tiempo las alegaciones y probanzas que hubiese omitido en la primera instancia. Para llegar á este término, ha de pasar necesariamente por otros subalternos que sirven de medio, como lo son, presentarse ante el Juez superior, y acreditar con testimonio de la apelacion, que le está admitida, y que quiere seguirla. Si estos hechos, que son el principio en que manifiesta la intencion y deseo de continuar la apelacion, pendieran del arbitrio indefinido y absoluto de la parte que apeló, podria usar libremente de una dilacion sin límites hasta su muerte, haciendo ilusoria la sentencia con la duracion de la segunda instancia. Para ocurrir á estos inconvenientes, que traerian el mayor desórden y confusion de la República, se acordáron con razon todas las leyes, en que el Juez inferior señale término competente á la parte que apela, para que siga su apelacion, y se presente dentro de él al Superior. Este auto ó providencia aparta de sí el conocimiento y jurisdiccion de la causa, y la traslada al Juez superior con dos condiciones, que forman por su esencia una sola: La primera se reduce á que se haya de presentar al Juez superior, y la segunda á que lo execute dentro del término que le señala; y no verificándose estas dos condiciones, si pasa dicho término ántes de presentarse al Superior, no tiene efecto la apelacion, y queda firme la sentencia del inferior, debiendo llevarla á efecto, en uso de la jurisdiccion que tacitamente reservó para el caso de que la parte no cumpliese con las dos enunciadas condiciones.

34. Pruébanse estas proposiciones de la *ley* 5. *ff. de*

Condition. institution. ibi: *Si heredi plures conditiones conjunctim datæ sint, omnibus parendum est; quia unius locum habentur: si disjunctim sint cuilibet. Ley 9. §. 1. de Verb. obligat. Ley 129. eod. Ley 20. §. 6. ff. de Statu liber. Quod si tempus adjectum fuerit, illud spectabitur.* Rox. *de Incompatibil. disput.* 1. §. 3. *n.* 74. y Molin. *de Primogen. lib.* 3. *cap. n.* 41.

35. La apelacion es un beneficio que concede la ley al que se siente agraviado de la sentencia del Juez inferior, y no se da contra su voluntad; y así como pende de ella en su principio para introducirla, tiene igual dependencia en su progreso para continuarla. El tiempo de los cinco dias, que están señalados para apelar, manifiesta en su curso que las partes no se consideran agraviadas, ni quieren usar de la apelacion, aun quando lo estuviesen, porque á veces tendrán por mas ventajoso sufrir algun daño en la sentencia, que hacer mayores gastos para enmendarlo en la segunda instancia, escusándose de otras muchas incomodidades; y así como se manifiesta la voluntad de no querer apelar en el hecho de dexar pasar el término de los cinco dias, se demuestra igualmente, quando la parte dexa correr el que le está señalado por el Juez, ó por la ley, para seguirla y presentarse al Superior. Esto procede de aquel seguro principio, que establece por regla los dos medios de explicar su voluntad con palabras, ó con hechos, siendo estos aun mas expresivos, libres de corrupcion y soborno. *Ley* 32. *ff. de Legib.* ibi: *Nam quid interest, suffragio Populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis, et factis?* Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 9. Castill. *lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 89.

36. Quando el que apela no se presenta, ni sigue la apelacion en el término señalado, añade un desprecio á la misma ley y al Tribunal superior, como lo indica Alexandro III. en el *cap.* 4. *de Appellation.* ibi: *Ad quam si venire contempserit*; y no merece despues gozar de otro algun auxîlio que solicite, como á otro intento explicó Gregorio IX. en el *cap.* 10. *de Immunitat. Ecclesiar.* ibi:

Et

Et frustra legis auxilium invocet, qui committit in legem; y el *cap.* 1. *de Appellat. in Sext.* ibi: *Justum est equidem, ut in eum jura insurgant, qui jus, et judicem, et partem illudit.*

37. Estas son las razones principales que tuviéron las leyes para declarar, que si la parte que apeló no sigue su apelacion, presentándose al Juez superior dentro del término que le fué señalado por el Juez, ó por la ley, se considera desierta y renunciada, quedando de consiguiente firme y valedera en todos sus efectos la sentencia.

38. La *ley* 23. *tit.* 23. *Part.* 3. "Seguir (dice) deve la »parte el alzada, quando la tomare, al plazo que le pu»siere el Judgador. É si por aventura el Juez non pu»siere plazo á que la siguiese, mandamos que sea tenu»do el que se alzó, de seguir el alzada fasta dos meses; »é si en este tiempo non la siguiere, finque el juicio, »de que se agravió, por firme. Otrosí decimos, que si »la parte que se alzó, no pareciese antel Juez del alzada »al plazo que le fué puesto, ni siguiese el alzada por sí, »nin por su Personero, el juicio de que se alzó vala, é »peche las costas á la otra parte, que pareció antel Jud»gador." La 24. *del propio tit. y Part.* confirma esto mismo con aquellas palabras: "Ó siguiese el alzada despues »que fuese pasado el tiempo á que la devia seguir, si la »otra parte fuere presente delante del Judgador del al»zada, puede decir contra él, que non deve ser oido, é »dévese cumplir la sentencia del primero Judgador, é si »la parte non estuviese delante, el Judgador de su ofi»cio puede decir eso mismo, si supiere ciertamente, que »se alzó en el tiempo que non deve, ó que queria seguir »el alzada despues que es pasado el tiempo á que la devia »seguir, el Judgador non lo deve oir." Y lo mismo dispone la *ley* 2. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.*

39. No hay diferencia alguna entre el término que señala la ley para apelar, ó el que se pone por el Juez, ó en su defecto por la ley, para presentarse y seguir su apelacion ante el Juez superior: porque en los dos casos obra el mismo efecto de permitir el uso de su dere-

 cho

cho dentro del término, y prohibirlo fuera de él, quedando el Juez sin arbitrio para relaxar los efectos de estas disposiciones; pues proceden de las mismas leyes, que son superiores á los hombres.

40. Este antecedente es un presupuesto que forma regla segura en todos los artículos que tienen tiempo limitado por la ley. En la 1. *tit.* 6. *lib.* 4. se concede el de 80. dias para hacer probanzas, y pasado no pueden executarla. En la 34. *tit.* 16. *Part.* 3. se dispone mas expresamente que si los plazos para probar fuesen pasados, no se deben despues recibir testigos; "salvo ende carta, ó ins»trumento. Ca esto bien gelo puede recibir ante de las »razones cerradas;" confirmándose con esta excepcion la regla indicada. En la 9. *tit.* 7. *lib.* 5. se señalan seis meses contados desde la muerte del tenedor del mayorazgo, y posesion tomada por alguno que pretenda suceder en él, para usar en el Consejo del remedio de la tenuta, que nace de la ley de Toro; y pasado este tiempo no es admitido, aunque intente la restitucion *in integrum.* Y la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. permite decir de nulidad de las sentencias, haciéndolo dentro de 60. dias, y dispone que no sean oidos despues.

41. El retracto, que conceden las *leyes* 7. *y* 8. *con otras del tit.* 11. *lib.* 5., está limitado á nueve dias, y despues de ellos no se admite aun por el remedio de la restitucion. El de la lesion en las ventas y contratos debe proponerse dentro de los quatro años contados desde el dia en que fueren hechos los contratos; y pasados no se admite, como se dispone en la *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *ibi*: "Del dia que fueren hechos fasta en quatro años; y no »despues."

42. La razon de todos los exemplares indicados es una misma, y ha de producir necesariamente igual efecto; y consiste en que dexando la parte correr el término que le concede la ley para usar de su accion, se presume que la renuncia, y queda desde aquel punto extinguida, sin que le sea lícito reclamarla, habiendo abusado

con desprecio del beneficio de las mismas leyes.

43. De estos antecedentes calificados sobre principios sólidos de derecho, se concluye para el artículo de que se trata en este capítulo: Que no cumpliendo la parte con presentarse y seguir su apelacion ante el Superior en el término que á este fin le señaló el Juez inferior, ó en su defecto en el de la ley, queda enteramente extinguida la facultad y accion de executarlo, pasado dicho término; y, constando de este hecho al Juez, aunque no haya excepcion, ni contradiccion de la parte contraria, puede y debe estimar la sentencia con autoridad de cosa juzgada, y proceder á su execucion sin riesgo de injusticia, ni atentado.

44. La audiencia instructiva y sumaria, que precede por estilo y práctica de los Tribunales á la declaracion y execucion de la cosa juzgada, se dirige únicamente á exâminar y probar el hecho de ser pasado el referido término, y no haber usado dentro de él de la apelacion por voluntad y consentimiento de la parte interesada, sin que haya estado legitimamente impedida, que es la excepcion que admite la regla, y por ella se confirma mas.

45. Como los enunciados términos llevan un fin de interes público, y extinguen, en el momento que son pasados, toda la accion y facultad de la parte, no puede revivir por consentimiento de las otras, ni perjudicar el interes de la causa pública, en que los juicios tengan expedito su curso, y mas pronto el fin que se desea.

46. Este es el resumen de lo que disponen las leyes, y de las razones en que se fundan, sin entrar en la prolixa extension con que la tratan muchos Autores, haciendo tan difusas alegaciones sobre este artículo, que sin añadir cosa esencial producen una confusion inexplicable. La *ley* 23. *tit.* 23. *Part.* 3. dice en su principio lo siguiente: "Seguir deve la parte el alzada, quando la tomare, »al plazo que le pusiere el Judgador." Este es un precepto positivo que obliga á su cumplimiento. Lo mismo dis-

dispone acerca del término que señala la ley, quando no lo hace el Juzgador; y despues dice: "E si en este tiem»po non la siguiere, finque el juicio, de que se agravió, »por firme."

47. Esta disposicion es relativa á los dos casos anteriores, y los comprehende en una misma determinacion, por la regla que con muchas autoridades indica Salgad. *de Supplicat. part.* 2. *cap.* 30. §. 1. *n.* 9. ibi: *Quia una determinatio respiciens plura determinabilia, debet ea pariformiter determinare*; y diciendo la ley que finque el juicio por firme, sin exîgir otra circunstancia, que la de ser pasado el plazo, hace evidente demostracion de que en este solo hecho recibe el juicio toda la firmeza y autoridad de cosa juzgada.

48. La *ley* 24. *del prop. tit. y Part.* trata específicamente de los dos tiempos: Uno en que debia alzarse, y otro el señalado para seguirla. De los dos dispone con uniformidad, que es otra prueba de lo que se ha expuesto sobre la citada ley anterior. En su principio une los dos tiempos en la forma siguiente: "En el tiempo de los pla»zos, que los omes han para alzarse, é para seguir sus »alzadas, tambien deven y ser contados los dias feriados, »como los otros." Esta es su primera disposicion uniforme á los dos plazos referidos.

49. Continúa la ley poniendo otros dos casos diferentes, y son: "Si alguno se alzase en tiempo que non lo »devia facer, ó siguiese el alzada despues que fuese pa»sado el tiempo á que la devia seguir." En la resolucion de la ley á estos dos casos, dispone con la misma uniformidad lo siguiente: "Si la otra parte fuere presente »delante del Judgador del alzada, puede decir contra »él, que non deve ser oido, é devese cumplir la senten»cia del primero Judgador." Dos observaciones conviene hacer en la primera parte de esta disposicion: Una, que determina con uniformidad los dos casos referidos, y otra, que con solo indicar ó decir la parte que no debe ser oido, se debe cumplir la sentencia del primer

Juz-

Juzgador; demostrándose en esto, que aquella sentencia tomaba la autoridad de cosa juzgada con el curso del tiempo para apelar, y para seguir la apelacion, tratándose despues únicamente del cumplimiento de esta sentencia, que es lo que corresponde á la parte que tiene accion efectiva y executiva, en fuerza de un instrumento público, como lo es la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

50. Continúa la citada ley en su resolucion diciendo: Que "si la parte non estuviese delante, el Judgador »de su oficio puede decir eso mismo;" esto es, que no debe ser oido el que se alzó en tiempo que no lo debia hacer, ó queria seguir el alzada, despues que fué pasado el tiempo á que la debia seguir, debiéndose cumplir con solo este oficio del Juez la sentencia del primer Juzgador.

51. ¿Qué prueba mas clara de que los que intentan apelar, ó seguir la apelacion fuera de los tiempos señalados, tienen enteramente extinguida toda su accion y facultad para suspender los efectos de la sentencia dada, y para reponer los que ha tomado y producido desde el punto en que son pasados dichos plazos? Pues en este notorio defecto de accion y derecho, y en igual supuesto de haber pasado la sentencia en autoridad de cosa juzgada, permite la ley que el Juez no oiga á las partes que vienen despues de aquellos plazos.

52. En la tercera parte en que está distribuida la resolucion de la citada *ley* 24., se demuestra aun mas la verdad de estas proposiciones; pues con respecto al Juzgador dice: Que "si supiere ciertamente, que se alzó en el »tiempo que non deve, ó que queria seguir el alzada des»pues que es pasado el tiempo á que la devia seguir, el »Judgador non lo deve oir."

53. En la segunda parte que se ha referido, parecia que dexaba al arbitrio del Juzgador repeler de oficio la intencion de la parte que apelaba, ó queria seguir la apelacion fuera de los respectivos plazos señalados, pues se explica con la palabra, *puede decir*. En esta tercera se impo-

pone positiva obligacion, de que *el Juzgador non lo deve oir.*

54. Concluye la ley con una excepcion de la regla insinuada, y se reduce á que haya pasado el tiempo en que debia seguir el alzada, porque el Juzgador no le pudiese oir, ó no quisiese; que es decir, que al impedido no le corre el tiempo, de manera que bien reflexîonada, no es limitacion de la regla, sino declaracion del hecho precedente en que se funda, viniendo por este medio á confirmarla, pues dice: Que si está dentro del plazo, porque como á impedido no le ha corrido, puede interponer la apelacion ó seguirla.

55. La *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. dispone: Que de la sentencia que diere el Juez, "aquel que se tuviere por agra- »viado, pueda apelar hasta cinco dias, desde el dia que fue- »re dada la sentencia, ó rescibió el agravio, y viniere á »su noticia; y si así no lo ficiere, que dende en adelante la »sentencia, ó mandamiento quede firme."

56. La *ley* 2. *del prop. tit. y lib.* habla de los plazos señalados para seguir la alzada, y previene: Que pasados sin haberse presentado la parte ante el Juez de las alzadas, quede firme la sentencia, y no sea oido. Los *cap.* 4. *y* 5. *de Appellat.* confirman la enunciada disposicion, concluyéndose por todas las referidas, que solo el tiempo señalado para interponer la apelacion ó seguirla, tiene el efecto de interpelar á la parte, y constituirla en morosidad y contumacia; y procede tambien el de probar y manifestar que no quiere usar del beneficio de la apelacion en su ingreso, ni en su continuacion; y que se conforma con la sentencia, y consiente que se execute por no considerarse agraviado en ella.

57. Todas estas son conseqüencias necesarias de la omision ó inaccion en el uso de la apelacion, ó en su progreso, y no hay que esperar otras insinuaciones, ni audiencias sobre unos hechos que aparecen como notorios de los mismos autos. La declaracion que piden las partes, y manda hacer el Juez por estilo y práctica de

los

los Tribunales, de ser pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada, hace otra prueba mas relevante de que la sentencia tenia en sí misma todo el valor y efectos de la cosa juzgada, por haberlos recibido desde el punto en que pasó el tiempo de apelar, ó de seguir la apelacion; pues sin esta precedente autoridad no habia término para declararla.

58. Puede tambien el Juez proceder á la execucion de la sentencia por el conocimiento de haber pasado en autoridad de cosa juzgada, sin hacer esta prévia y efectiva declaracion; pues le basta estar instruido y asegurado en el órden de su entendimiento, de que la sentencia ha recibido la fuerza de cosa juzgada por el consentimiento de las partes que no apeláron, ó no siguiéron la apelacion, reduciendo el pronunciamiento á mandar sobre aquel supuesto, que se guarde y cumpla la sentencia, y se lleve á debida execucion.

59. Esta doctrina, que es del Scacia en su tratado *de Appellationibus q. 11. art. 5. n. 148. y 149.* y en el *art. 7. n. 167.*, puede fundarse en mas sólidos principios, y demostrarse con exemplos de mas estrechas y apuradas circunstancias. Uno de ellos se presenta en el recurso de fuerza de no otorgar; pues debiendo el Tribunal Real, para declarar si la hace ó no el Juez Eclesiástico, tomar conocimiento, y asegurarse bien por los hechos del mismo proceso original, obrado ante el Juez Eclesiástico, de la naturaleza y calidad de la causa, formando cabal juicio de si la apelacion era legítima, y debia admitirse, ó si procedió justamente el Eclesiástico, repeliéndola; suprime todos estos pronunciamientos, reduciéndolos á declarar, si hace ó no fuerza, y alzándola mandar que otorgue la apelacion, y reponga lo que despues de ella hubiere hecho.

60. Esto es lo que literalmente se dispone en la *ley 36. tit. 5. lib. 2. de la Rec. ibi*: "Y si el Juez Eclesiástico no la »otorgare, manden traer á las dichas nuestras Audiencias »el proceso Eclesiástico originalmente, el qual traido, sin »di-

»dilacion lo vean; y si por él les constare que la apela»cion está legitimamente interpuesta, alzando la fuerza, »provean que el tal Juez la otorgue, porque las partes »puedan seguir su justicia ante quien, y como devan, y »reponga lo que despues de ella uviere hecho."

61. Ello es cierto que para llegar al juicio, que deben formar los Tribunales Reales, de que la apelacion es legítima, y de que contiene violencia su denegacion, es necesario exâminar algunas dudas de derecho, y decidirlas por los Cánones y por las Leyes en el dictamen de los Jueces Reales; y por tanto parecia que tomaban parte en el conocimiento de la justicia del auto dado por el Juez Eclesiástico. Pero ocurriendo á este reparo que indicaban algunos Autores, los satisface cumplidamente Salgado *de Reg. part.* 1. *cap.* 1. *prælud.* 5. *à n.* 211. y en el *cap.* 2. *à n.* 182.; y con mayor claridad se explica en este punto Pereyra *de Manu reg. cap.* 4. *n.* 8., asegurando los dos, que el exâmen y conocimiento de la naturaleza y justicia del auto del Eclesiástico no viene en la decision, ni causa derecho con respecto á las partes que litigan, sirviendo solamente al Tribunal Real de un supuesto instructivo, con que procede seguramente á declarar la fuerza, que es el objeto de aquel recurso.

62. En resumen viene á decir el Tribunal Real, que declara la fuerza del Eclesiástico, porque la apelacion que habia denegado era legítima, y debió admitirla; y como no es necesario, ni conveniente expresar las causas y motivos en que se funde el auto y sentencia, quedando reservadas en el dictamen y juicio de los Jueces, pueden omitirlas, y proceder derechamente á pronunciar y determinar lo que por conseqüencia de aquellos antecedentes estimaren justo.

63. La excepcion ó artículo del juicio sumario de la manutencion de posesion suspende los plenarios posesorios y de propiedad, y forma un órden legal, para que se declare primero el sumarísimo, cuya interrupcion produciria notoria injusticia conforme á la doctrina de Posth.

de

de Manuten. observat. 7. con otros muchos que refiere; y procediendo el Juez con algunos actos que correspondan á los juicios plenarios, se entiende despreciado el sumarísimo, con igual efecto que si hubiera declarado expresamente no haber lugar á él, porque es un supuesto necesario, en que se funda lo dispositivo de la providencia.

64. Las sentencias, que han recibido la fuerza y autoridad de cosa juzgada, son executivas, como se dispone en la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4., así como lo son las escrituras públicas de que hablan tambien la misma ley y la siguiente; y teniendo alguna de las partes á su favor la sentencia, de que no se apeló en tiempo, ó no se siguió en los plazos señalados, la considera con positiva naturaleza executiva, y usa de ella para este fin, del mismo modo que lo hace de un instrumento público que contiene expresa obligacion á su favor. En virtud de este instrumento manda el Juez despachar la execucion, porque le considera con este efecto, sin que sea necesario declarar previamente que es executivo, pues lo supone el mandamiento de execucion; y del mismo modo puede proceder con vista de la sentencia que tiene en los autos con autoridad de cosa juzgada, por habérsela dado el curso del tiempo dentro del qual ó no apeló, ó no siguió la apelacion; viniendo por todo á concluirse, que la providencia del Juez tanto influye en lo dispositivo que expresa, como en el supuesto en que se funda, segun la doctrina de Salgado con otros que refiere *part.* 2. *de Reg. cap.* 16. *n.* 73.

65. La sentencia que en esta parte se ha fundado es en todo conforme á derecho; esto es, que la dada por el Juez, si no se apeló en tiempo de ella, ó no se siguió en los plazos señalados, recibe toda la fuerza de cosa juzgada con solo el curso del tiempo, y que sin hacer esta prévia declaracion puede el Juez mandarla executar, sin preceder audiencia de las partes; pues quando la que apeló, ó pudo apelar, quiera proponer la excepcion de ha-

haber estado legitimamente impedida para no poder apelar, ó seguir su apelacion, ó quiera usar del auxîlio de la restitucion *in integrum* para reponerse en el tiempo en que pudo y debió hacerlo, no se la priva de usar de estas excepciones, aunque se haya mandado executar la sentencia, pues si las probare, se repone todo lo obrado por el Juez, dexando expedito el derecho de las partes para interponer la apelacion ó seguirla.

66. Pero como es mas conveniente y decoroso no exponer las providencias judiciales á que se repongan y deshagan, quando esto se puede precaver, oyendo breve y sumariamente á la parte que apeló, á fin de que proponga si estuvo impedida para seguir la apelacion, ó para no interponerla en tiempo, usan comunmente los Tribunales de este medio; y aun quando se pretende en alguno de los casos referidos, que el Juez declare la sentencia con autoridad de cosa juzgada, y la mande llevar á pura y debida execucion, se confiere traslado á la otra parte por el término ordinario; y si dentro de él no expusiese, ni justificase causa legítima, que impidiese el curso del tiempo de la apelacion, ó su seguimiento, procede el Juez con este mayor y mas seguro conocimiento á declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la manda guardar, cumplir y executar en todas las partes que contiene.

67. Con esta explicacion se entienden bien, y pueden tener lugar las dos sentencias opuestas que forman los Autores en este artículo. Una es de Salgado con otros que refiere en la *part.* 3. *de Reg. cap.* 18. *n.* 73., en donde dice: Que para declarar por desierta la apelacion, debe preceder audiencia y conocimiento sumario con citacion de las partes, á fin que expongan las causas legítimas que tengan para que no se considere desierta la apelacion, ni se proceda de consiguiente á la execucion de la sentencia, recayendo sobre este juicio instructivo y sumario el auto del Juez en que mande executarla, sin que entónces sea necesario declararla por pasada en autoridad

de

de cosa juzgada, porque esto se incluye en el mismo auto como un supuesto necesario.

68. Lanceloto, *de Attentat. part.* 2. *cap.* 12. *n.* 38. *y siguientes*, es de contraria opinion, estimando que para declarar desierta la apelacion, y executar la sentencia, no es necesaria citacion y audiencia de las partes, y afirma tambien, que se puede omitir la declaracion de estar desierta la apelacion, mandando derechamente executar la sentencia; á cuyo propósito refiere muchos Autores en confirmacion de su opinion.

69. De este auto por el qual se manda executar la sentencia, ya se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, ya se suponga segun los casos referidos, no se admite apelacion, como lo funda Salgado *de Reg. parte* 3. *cap.* 18. *n.* 86., refiriendo las disposiciones y Autores que confirman la misma opinion, sin embargo de la contraria que admitiéron otros que cita en el mismo lugar *núm.* 85.

70. Una de las cosas que mas conviene exâminar, ántes de proponer alguna instancia, es ante que Juez se ha de introducir, para no exponerse á que por falta de jurisdiccion caigan en nulidad sus procedimientos, haciéndose ilusorios con gran daño de las mismas partes y del Público. Con este fin han tratado seriamente los Autores del Juez que puede declarar la apelacion por desierta, y mandar executar la sentencia por la autoridad de cosa juzgada que recibe; cuyo punto ventiláron Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 18. *n.* 69. Scacia *de Appellat. q.* 11. *art.* 5. Parlador. *Rer. quotidianar. part.* 1. *lib.* 2. *cap. últ. n.* 6. Aceved. *in leg.* 2. *tit.* 18. *lib.* 4. *n.* 40. y Pareja *de Instrum. edition. tit.* 3. *resol.* 2. *n.* 79.

71. Todos estos AA. proceden distinguiendo los casos en que puede tener lugar la execucion de la sentencia por la desercion de la apelacion; y para que se entiendan con mayor claridad, habida consideracion al estilo y práctica de los Tribunales, sin perder de vista los principios que se han expuesto en este capítulo, se establecen las reglas siguientes.

Quan-

72. Quando no se apeló dentro de los cinco dias señalados por la ley, en tal caso el Juez que dió la sentencia la manda executar, instruyéndose por los mismos autos que están en su mano, del tiempo en que fué dada y notificada la sentencia, y de ser pasado el de los cinco dias, sin haber interpuesto apelacion; observándose para tomar esta providencia lo que se ha advertido por regla general, esto es, que comunique traslado á las partes del escrito en que se pretenda la execucion de la sentencia, por no haberse apelado en tiempo, oyendo breve y sumariamente las causas de legítimo impedimento, ú otras justas con que se intente persuadir no ser pasado, siguiendo en esto la práctica y estilo de los Tribunales.

73. Pero si el Juez mandase sin este prévio juicio llevar á efecto su sentencia, quedará reservada á las otras partes la facultad de proponer las excepciones que impidan su execucion, en la forma que anteriormente se ha referido.

74. Si la apelacion se interpusiese en tiempo y forma, y admitida se diese á la parte el testimonio correspondiente, para que se presente y la siga ante el Juez superior, forma el segundo tiempo, que es el que á este fin le señala el Juez de la primera instancia, ó el que prescribe la citada *ley* 2. *tit.* 18. *lib.* 4.; y si la parte fuese tan omisa que no cumpliese con esta condicion en el referido término, indica que se ha retraido de la apelacion, y que no quiere seguirla; y á fin de evitar el perjuicio que causaria con esta dilacion á la parte que interesa en la execucion de la sentencia, puede esta usar de su accion, pidiendo al Juez que sentenció, que declare la apelacion por desierta, y la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, mandándola llevar á efecto y execucion; y constando á dicho Juez, que la parte que apeló no habia seguido la apelacion en el término señalado, presentándose con el testimonio ante el Juez superior, tiene expedita su jurisdiccion para executar su sentencia, que es-

ta-

taba como suspendida y pendiente de aquella condicion simultánea de presentarse al Superior en el término señalado, cuyo transcurso hacia ya imposible su cumplimiento, y por tanto quedaba purificada la sentencia en todo su efecto.

75. Pero como estos hechos no podian resultar tan notoriamente de los autos obrados ante el Juez inferior, debe estarse con mayor necesidad á la práctica de oir á la parte que apeló para que en tiempo conveniente exponga breve y sumariamente, si se presentó como debia al Juez superior, y caso que no lo hiciese, si fué por algun justo impedimento: de manera que conserve la intencion y deseo de continuar su apelacion, y acredite que no la ha renunciado, ni despreciado este beneficio y auxîlio de la ley, con lo qual faltará el supuesto sobre que se procede á declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y á mandarla executar.

76. El que interpone apelacion en el tiempo señalado dá principio cierto al agravio que concibe en la sentencia, y manifiesta el fin de quererlo enmendar por medio de la apelacion; y como no se presuma que mude de voluntad, es necesario para convencerla, que la parte que se funda en ella la acredite plenamente, uniendo al hecho de ser pasado el tiempo, el de no haberse presentado dentro de él al Juez superior; siendo esta otra causa que pide la audiencia de la parte que apeló, para proceder con este conocimiento en el juicio sumarísimo instructivo á declarar por desierta la apelacion, y la sentencia con autoridad de cosa juzgada, mandándola executar en todo lo que contiene.

77. Si por este juicio instructivo resultase que usó de la apelacion, presentándose con el testimonio de ella al Juez superior, ya lo hiciese en el término señalado por el inferior ó por la ley, queda sin jurisdiccion el Juez que dió la sentencia, y no puede declarar por desierta la apelacion, sino que corresponde al Superior el conocimiento de este artículo y su determinacion.

78. Verificada la presentacion con el testimonio en el

el Tribunal superior, y librada la Provision ordinaria para emplazar las partes, y que se remitan los autos originales en el término que señala el Juez superior, continúa la suspension de la sentencia, y podria la parte que apeló aprovecharse de su dilacion y malicia, no cumpliendo en el término señalado con hacer emplazar á las partes, y solicitar que el Escribano remita los autos originales, que son los dos extremos de la Provision; y este es el tercer tiempo en que la parte que apeló indica con su inaccion y morosidad que quiere apartarse de la apelacion, y que usó de ella con malicia en perjuicio de la parte favorecida en la sentencia. Para ocurrir á estos daños puede la parte apelada solicitar ante el Juez superior, que atendidas estas circunstancias declare por desierta la apelacion, para que en su conseqüencia pueda el Juez inferior llevarla á su debida execucion.

79. En este caso procede la regla que se ha insinuado antecedentemente, de comunicar traslado á la parte que apeló, para que exponga y acredite, si el no haber cumplido con la presentacion del proceso y emplazamiento de las otras partes en el término señalado procede de algun impedimento que no ha podido remover, ó de su punible morosidad y malicia; y con este exâmen instructivo se declara segun las circunstancias ocurridas, si tiene lugar la desercion de la apelacion, ó conserva el tiempo en que puede cumplir con la remision del proceso y emplazamiento de las partes.

80. Algunas veces señalan los Jueces superiores en el caso referido nuevo término, para que dentro de él cumpla la parte que apeló con la presentacion del proceso y emplazamiento, apercibiéndola que en su defecto se declarará por desierta la apelacion.

81. Este es un medio equivalente al primero; pues si en este nuevo término manifestase la parte, que no le ha corrido el anterior, por estar legitimamente impedida, no tiene lugar la desercion de la apelacion; pero si dexase pasar dicho nuevo término sin cumplir con

la

la presentacion del proceso y emplazamiento, ni proponer, ni probar algun justo impedimento, manifiesta con este hecho que no quiere seguir la apelacion, y dexa expedita la sentencia á favor de la otra parte, como si desde el principio no la hubiera interpuesto, y procede se declare por desierta, y que se dé testimonio de esta providencia á la parte apelada para que use de él ante el Juez inferior, y solicite la execucion de su sentencia.

82. Traidos los autos originales, ó por compulsa, segun la calidad de la apelacion, y presentados al Juez que ha de conocer de ella, con la citacion y emplazamiento de las partes que litigan, queda desde entónces mas suspendida la jurisdiccion del Juez inferior, y del todo inhibido con la remision de los autos originales para proceder á la execucion de su sentencia, la qual continuaria pendiente y sin efecto al arbitrio del que se interesaba en su dilacion, sino se proveyese de oportuno remedio á evitar el daño de la parte, á cuyo favor está dada, y asimismo el que resultaria á la causa pública.

83. Por estas consideraciones se acordáron las Leyes y los Cánones en señalar el término de un año para seguir y acabar la instancia de apelacion ante el Superior. La *ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. *Recop.* dice lo siguiente: "Alzándose alguno de la sentencia, que fuere dada contra »él, sea tenudo de la seguir, y acabar por manera que »sea librado el pleyto dende el dia que se alzare de la sen»tencia hasta un año; y si no lo hiciere, que finque la »sentencia firme, y valedera."

84. Esta ley se trasladó de la *3. tit. 16. lib. 3. del Ordenamiento Real.* En las Partidas no he hallado alguna que disponga de este caso, ni haga memoria de este quarto plazo para acabar la instancia de apelacion, lo que tal vez procederia, de que siendo la enunciada ley del Ordenamiento publicada al mismo tiempo, y en el propio año que las de Partida por el Señor Rey Don Alonso, pareceria superfluo á este sabio Legislador repetirla en el cuerpo de estas.

85. La *ley* 5. §. 2. *Cod. de Temporib. et reparationib. appellat.*, la *Autent. Ei qui appellat, del propio título*, el *cap.* 5. *de Appellationib.* y la *Clement.* 3. *eod. tit.* convienen con el señalamiento del año para acabar la instancia de la apelacion, y en esto no puede suscitarse duda alguna racional por los Autores, pues todos siguen con uniformidad estas disposiciones en su letra y en su espíritu, como se observa en los que refiere Gonzal. al *cap.* 5. *de Appellation.*: Aceved. *á la citada ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. *versicul. Hasta un año*: Diego Perez *en la del Ordenamiento versicul. Fasta un año*; y Menchaca *de Succession. creat. lib.* 1. §. 7. *n.* 40. *vers. Stat ergo.*

86. Este año corre y se cuenta desde el dia en que se apeló de la sentencia, y dentro de él se han de hacer todas las previas diligencias que se han referido, hasta llevar los autos al Tribunal del Juez superior citadas las partes, y acabar con su audiencia aquella instancia, como se expresa literalmente en la citada *ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. *ibi*: "Dende el dia que se alzare de la sentencia hasta un »año." La *ley* 3. *tit.* 16. *lib.* 3. *del Ordenam. aut.* 6. *tit.* 14. *lib.* 2., *ibi*: "Y presentados dentro de un año, contado »desde el dia, que uviesen apelado, sigan las causas, y »aleguen agravios de las sentencias dadas contra ellos, »y las hagan poner en poder del Fiscal, para que los pley»tos se fenezcan ::::: con apercibimiento, que no lo cum»pliendo pasado el año, se embiará á executar, y cobrar »de ellos las condenaciones." *Clement.* 3. *de Appellation.* ibi: *Sicut appellationem judicialem, sic et extrajudicialem intra annum, à die interpositionis ipsius, vel à die illati gravaminis, ubi à futuro gravamine appellatur, prosequi, et finire tenetur appellans.*

87. Confirmase esta sentencia por lo dispuesto en la *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4., la qual señala el término de treinta dias para que en las causas de menor quantia la parte, que se agraviare de la sentencia, siga su apelacion ante el Consejo, Justicia y Oficiales de la Ciudad de la jurisdiccion, donde el Juez dió la sentencia, en los lugares y par-

partes dó las apelaciones acostumbran ir al Regimiento; y estos treinta dias dice la ley, que corren desde el dia en que se puede apelar y presentar.

88. El Santo Concilio de Trento en el *cap.* 20. *ses.* 24. *de Reformat.* dispone, entre otras cosas, que los Jueces Ordinarios, que deben conocer de las causas en primera instancia, las acaben dentro de dos años contados desde el dia de la demanda, ibi: *Infra biennium à die motæ litis terminentur*; conviniendo todas las referidas disposiciones, en que el principio del término, que se concede para seguir y acabar las instancias, se toma del mismo dia en que estas se empiezan.

89. No están tan expresivas las Leyes y Cánones en el fin del referido término; y así puede dudarse con fundamento, si ha de ser la conclusion ó la sentencia de manera que cumpla la parte que apeló con poner la causa dentro del año conclusa, y en estado de que el Juez pueda dar sentencia, sin que perjudique su retardacion al derecho de las partes, ni se entienda desierta la apelacion, ni pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada; ó si es necesario que se acabe la instancia de apelacion con la sentencia difinitiva dentro del año, ó en su defecto se entienda desierta la apelacion, y la sentencia pase en cosa juzgada.

90. Las leyes señalan términos á los que litigan, para ocurrir á que por su malicia ó negligencia se dilaten los pleytos en gran daño de las partes y de la causa pública. La que apela llena todos sus oficios ante el Juez superior, presentándose con el proceso, y expresando los agravios que contiene la sentencia del inferior, para que la enmiende y mejore, si los hallare probados en la causa, ó los probare en la segunda instancia. Estas son las partes, y las pretensiones que explica la que apeló con vista de los autos en su primer escrito. Quando concluye viene á decir al Juez, que ha cerrado todas sus razones y defensas, y que le estimula y requiere á que cumpla con su oficio, acabando el pleyto con su sentencia en el término

y del modo que mandan las leyes. Los que solicitan con tanta diligencia poner fin al pleyto, hacen obsequio á la ley, siguiendo la letra y el espíritu de sus disposiciones, que en todo se dirigen á la brevedad.

91. El referido término de un año comprehende las partes que están señaladas, desde el punto de la apelacion, para presentarse con su testimonio al Superior, y para llevar á su Tribunal los autos. En estos dos tiempos ni hay malicia, ni motivo de considerar desierta la apelacion, quando la parte que apeló cumple exâctamente en el tiempo oportuno con los fines para que se concede, y es consiguiente que se estime del mismo modo en la tercera parte que completa el término señalado á la que apela, para que exponga y justifique su derecho.

92. En lo antiguo solo disponian las leyes lo conveniente al tiempo, dentro del qual podia y debia apelarse, y presentarse con el proceso ante el Juez superior. En este punto descansaban las leyes, y en el mismo lograba la parte suspender la execucion de la sentencia, y aprovecharse de su dilacion y malicia: porque el Juez inferior no tenia jurisdiccion para executarla, y quedaba inhibido con la remision de los autos al Superior; y este no procedia en su instancia quando la desamparaba la parte que apeló, y la embarazaba con su ausencia y ocultacion.

93. Para este caso no habian tomado las leyes providencia positiva, en que declarasen por desierta la apelacion y por firme la sentencia. Así lo refiere la *Nov. 49. en su principio*: *De his qui ingrediuntur ad appellationem*; y al mismo tiempo asegura, que para corregir la malicia referida se habia determinado, segun consta de la *ley última §. 4. Cod. de Temporib. appellation.*, que si dentro de un año no acabase el juicio y causa, carecia de la apelacion, quedando firme la sentencia que contra él se habia dado, y llevándola á debido efecto, como si desde el principio no se hubiera apelado.

94. Por estas disposiciones se manifiesta, que el señalamien-

miento del año se dirigió precisamente á contener y corregir los perniciosos fraudes de que usaban los que apelaban, abandonando la instancia, luego que estaban en seguro, con la remision del proceso al Juez superior, de no poder executarse la sentencia que contra ellos se habia dado; y así no puede extenderse aquella disposicion á los que con diligencia continuan su apelacion, y manifiestan el deseo de que se acabe la instancia con la sentencia del Juez, concluyendo á este fin, que es quanto estaba de su parte; y si tuviese el mismo efecto con el que abandona la instancia de apelacion, y el que la continúa con actividad hasta su conclusion, seria disonante la ley, y se extenderia con violencia á un caso muy diverso en todas sus circunstancias del que la motivó.

95. En la 7. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* se dispone que las causas de cierta quantia vayan por apelacion al Concejo, habiendo costumbre, y que el Juez que dió la sentencia, con los dos diputados que nombre el Concejo, las determinen; y sobre este supuesto ordena, "que »ante ellos el apelante sea tenudo de concluir el pleyto, »y ante el mismo Escrivano, dentro de treinta dias den»de el dia, que pasare el quinto dia, en que se pudo ape»lar, y presentar; y despues dentro de otros diez dias pri»meros siguientes, los dichos tres Alcaldes diputados, ó »los dos de ellos, si los tres no se conformaren, dén, y »pronucien sentencia en el dicho pleyto."

96. Los treinta dias de que habla la citada *ley* 7., y el año de que se trata en las que tambien se han referido, tiene el mismo objeto respecto del apelante; acomodándose el mas ó ménos tiempo al que consideran suficiente para acabar las diligencias que son de su encargo; y reduciéndose las que se imponen en la citada *ley* 7., á que el apelante sea tenudo de concluir el pleyto, parece debe ser lo mismo en el que sigue la apelacion en otro Tribunal con el señalamiento de un año.

97. La distribucion con que procede la enunciada *ley* 7. en el señalamiento de los dos términos, uno de trein-

treinta dias para que el apelante concluya el pleyto, y otro de diez para que los Jueces dén y pronuncien sentencia, forman otro argumento muy poderoso en la independencia de los dos enunciados cargos.

98. Si los Jueces no cumplen con el suyo en el plazo que les señala la ley, responderán de su morosidad y culpa; y no seria justo que esta se imputase á la parte que apeló, debiendo ceñirse á sus Autores; ni el hecho de los Jueces haria que caducase el derecho de las partes, que habian cumplido exâctamente con las diligencias de su cargo.

99. Quando no interponen la apelacion en el término de los cinco dias, ó no la siguen en los dos plazos sucesivos de presentarse al Juez superior, y llevar los autos á su Tribunal, se deduce de esta omision el ánimo de apartarse de la apelacion, y renunciar el derecho de continuarla; y esta positiva presuncion motiva principalmente la declaracion de estar desierta. ¿Pues cómo podrá inducirse la misma conseqüencia de la diligencia y actividad, que ponen las partes en continuar la apelacion por todos sus trámites, hasta concluir la causa, y ponerla en manos del Juez para que la determine?

100. Los términos, que las leyes señalan para el órden, curso y determinacion de las primeras instancias, llevan el mismo fin de la brevedad, precaviendo y atajando las dilaciones, que con malicia promueven las partes. La *ley* 1. *tit.* 17. *lib.* 4. señala dos plazos al Juez para dar sentencia, uno de seis dias en las interlocutorias, y otro de veinte en las difinitivas, que empiezan á correr desde que fueren las razones cerradas en el pleyto; y aquí se observa otra distribucion de plazos entre las partes, hasta cerrar las razones y concluir en la causa, que es lo mismo, y entre el Juez para dar sentencia; y así como la morosidad ó malicia de las partes en dilatar y no concluir el pleyto no perjudica al Juez, por no haber llegado el tiempo de su obligacion, del mismo modo se arguye, que la morosidad de los Jueces no puede causar perjuicio á las

las partes que con anticipacion llenáron sus oficios, concluyendo sus razones y defensas.

101. En la citada *ley* 7. se presenta otra demostracion del pensamiento insinuado en aquellas palabras: "Y si la »parte, que se sintiere agraviada, no hiciere sus diligen»cias, por manera que dentro de los dichos diez dias se »pueda ver, y determinar el pleyto: mandamos que »dende adelante la sentencia quede firme, y pasada en »cosa juzgada."

102. Si la desercion de la apelacion, que es el supuesto sobre que procede la cosa juzgada, se fixa al caso en que la parte que apeló no hace las diligencias, para que el pleyto esté concluso ántes de los diez dias, en que los Jueces deben dar su sentencia; por el contrario cumpliendo con lo que dispone la ley, de concluir la causa ántes de los diez dias, no se entenderá desierta la apelacion, ni la sentencia pasada en cosa juzgada, aunque los Jueces no dén su sentencia en los diez dias señalados.

103. La enunciada *ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4., que es la capital de esta materia, dice á su final lo siguiente: "Y si »por culpa del Juez fincare de lo librar, pague las cos»tas, y daños á las partes." En esto se prueba que la omision del Juez no perjudica á las partes, ni hace que la apelacion quede desierta, y la sentencia pase en cosa juzgada.

104. La opinion contraria, reducida á que la parte que ápela debe acabar el juicio con la sentencia del Juez, dentro del año que señalan las leyes para estas instancias, sin que le baste seguirla hasta la conclusion, parece mas probable y fundada. Porque la citada *ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. dispone literalmente: "que alzándose alguno de la »sentencia que fuere dada contra él, sea tenudo de la »seguir, y acabar, por manera que sea librado el pley»to dende el dia que se alzare de la sentencia hasta un »año."

105. Proseguir y acabar son dos actos diversos, el primero se completa en la conclusion, y el segundo por la sen-

sentencia del Juez; pues con ella se acaba y queda librado el pleyto, que son las dos partes que considera la ley por una misma, y del cargo y obligacion de la parte que apela.

106. Esta inteligencia se presenta en la *ley* 19. *tit.* 22. *Part.* 3., pues llama juicio afinado al que da el Judgador entre las partes derechamente, de que no se alce ninguna de ellas, y en la *ley* 2. *del prop. tit. y Part.*

107. En el caso que el apelante no siga, ni acabe la apelacion, por manera que sea librado el pleyto dentro del año, declara la citatada *ley* 11. por firme y valedera la sentencia, salvo si hubiere embargo de derecho, porque no la pueda seguir, ni librar; y esta excepcion de la regla comprehende igualmente las dos partes indicadas, como obligacion individua y simultánea del apelante, de la qual solo se excusará, probando legítimo impedimento. Concluye al fin la misma ley, diciendo: "que si por cul»pa del Juez fincare de lo librar, pague las costas, y daños »á las partes."

108. Dos observaciones se presentan en la letra de esta disposicion: Una, que el librar el pleyto es acabarlo por la sentencia difinitiva, y corresponde al Juez: Otra, que sino lo librare por su culpa, debe pagar las costas y daños á las partes.

109. Para que el Juez cayga en morosidad y culpa de no librar el pleyto, debe ser instado y requerido para que dé sentencia en el término que le señalan las leyes, y sino obstante continuase en su negligencia, debe reclamarla la parte apelante, recurriendo al Superior, "y haciendo todas las diligencias posibles, para que se acabe el pleyto, y se libre por la sentencia dentro de un año, con cuyos oficios cumplirá sus obligaciones, y preservará su derecho en que la apelacion no se estime desierta, ni la sentencia pase en cosa juzgada.

110. La *ley* 1. *tit.* 17. *lib.* 4. dispone, que desde que fueren las razones cerradas en el pleyto para dar sentencia interlocutoria ó difinitiva, el Juez dé y pronuncie,

á

á pedimento de parte, la sentencia interlocutoria hasta seis dias, y la difinitiva hasta veinte dias: de manera que para que el Juez incurra en morosidad, es necesario que la parte inste y pida que dé la sentencia.

111. La *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. ordena, que los Jueces determinen la causa dentro de diez dias despues de pasados los treinta, sopena de diez mil maravedis, y las costas para la parte que sobre ello le requiriere. Continúa la misma ley, y se explica de un modo tan claro y expresivo, que no dexa que dudar en la proposicion antecedente; pues dice, "que si la parte, que se sintiere agraviada, »no hiciere sus diligencias, por manera que dentro de los »dichos diez dias se pueda ver, y determinar el pleyto:::: »que dende en adelante la sentencia quede firme, y pa»sada en cosa juzgada."

112. La *ley* 2. *del propio tit. y lib.* dispone lo conveniente acerca de los plazos en que deben seguir la apelacion: "contados desde el dia que le fuere otorgada: y »esos mismos plazos, *dice*, aya el apelante para se quere»llar del Juez, sino le quisiere otorgar el alzada; y si »en este tiempo no lo quisiere seguir, ó no se querellare, »como dicho es, finque firme el juicio, de que se alzan »en estos plazos, que dichos son."

113. La *ley* 5. §. 4. *Cod. de Temporib. apellation.* es la originaria de donde se tomáron las posteriores referidas. En ella se estableció, que la apelacion se acabase dentro de un año, contado desde su otorgamiento: que probado legítimo impedimento, se concediese otro año; y si dentro de él no se acabase y librase el pleyto, quedase desierta la apelacion, pasando la sentencia en cosa juzgada, y dá la razon la misma ley, *ibi*: *Cum ei sit apertissima facultas, et nostram adire majestatem, et tarditatem Judicis in quærelam deducere, et nostro beneficio perpotiri.*

114. *La Clementin.* 3. *de Appellationib.* admite y ratifica las enunciadas disposiciones, de que se acabe la apelacion dentro de un año, imponiendo al apelante la obligacion de seguirla y acabarla, *ibi*: *Prosequi, et finire tenetur*

appellans. Quod si justo impedimento cessante non fecerit, debebit ejus appellatio deserta censeri. Y como no debe considerarse justo impedimento el que puede remover la parte con su instancia y reclamacion, querellándose del Juez, y recurriendo, si es necesario, al Superior, no haciendo estas diligencias la parte que apela, se constituye en morosidad, y manifiesta la voluntad de dilatar y detener la causa maliciosamente.

115. Por todas las leyes y autoridades referidas se demuestra y convence, que la parte que apela no satisface su obligacion, siguiendo la apelacion hasta la conclusion del pleyto, sino que tambien es de su cargo instar y requerir al Juez para que lo acabe en tiempo oportuno con su sentencia, reclamando su morosidad, y querellándose de ella ante el Juez superior; pues no haciendo estas eficaces diligencias, se entiende que condesciende, y es cómplice en la negligencia del Juez, y debe sufrir los efectos de la desercion de la apelacion, y que la sentencia se execute como pasada en autoridad de cosa juzgada. Scacia, *de Appellation. q.* 15. *art.* 9. *n.* 181. con otros muchos Autores que allí refiere, forma esta última opinion, aunque no la funda en las leyes y autoridades que van explicadas.

116. Puede dudarse con algun fundamento, si el término de un año señalado para seguir y acabar la apelacion puede suspenderse, ó prorogarse por convencion expresa ó tácita de las partes que litigan. Menchaca y otros, que refiere en el *lib.* 1. §. 7. *de Succession. creat. n.* 39. *versat. Stat ergo*, dicen que no, y que procede esta opinion, aunque intervenga juramento en la convencion y mutuo consentimiento de las partes, y se autorice con el del Juez. Fúndanse principalmente en que el referido término se estableció en beneficio de la causa pública, atajando los grandes daños que traen los pleytos, y expresa al *n.* 41. Scacia, *de Appellat. q.* 15. *art.* 10. *n.* 188. *vers. Contrariam opinionem*, refiere otros Autores que comprueban esto mismo por los propios fundamentos que reune en el

vers.

vers. Ratio potissima: ibi : *Ratio potissima hujus opinionis est, quia lex volens obviare litibus, quibus Judex inquietatur, respublica læditur, partes vexantur expensis, et materia criminibus, ex longa concertatione, præbetur.*

117. La opinion contraria, de que pueda suspenderse y prorogarse el término señalado para acabar la instancia de apelacion, es mas segura, porque se funda en la autoridad de las Leyes y de los Cánones. La *ley* 5. *Cod. de Temporib. appelationum*, que es, como se ha dicho, la capital y originaria de esta materia, despues de establecer la regla insinuada, pone en el §. último la limitacion siguiente: *Sin autem partes inter se, scriptura interveniente, paciscendum esse crediderint, nemini parti licere ad provocationis auxilium pervenire, vel ullum fatale observare*: *eorum pactionem firmam esse censemus. Legum etenim austeritatem in hoc casu volumus pactis litigantium mitigari.*

118. Lo mismo dispone la *Clement.* 4. *de Appellat.*, y sobre estas autoridades forman y admiten esta opinion Scacia y otros muchos Autores que refiere en la citada *qüest.* 15 *n.* 188.

119. Las razones, que alegan los de la primera opinion, no están traidas oportunamente al caso de que se trata: porque conformándose las partes en suspender el curso del pleyto, no experimentan los daños y vexaciones que intentáron precaver las leyes, atajando la malicia de los que litigan, ántes bien logran en la suspension acordada los beneficios de la tranquilidad en aquel tiempo, y pueden atender á otros negocios de su mayor interes y preferencia; y muchas veces consiguen por este medio que el pleyto se fenezca en la intencion de las mismas partes, pues no le continúan, y el Júez no puede hacerlo de oficio.

120. De aquí procede una observacion admitida generalmente en los Tribunales, y se reduce á que quando las partes sobreseen en las diligencias de los autos, aunque sea por largo tiempo, no son inquietadas de oficio para que los continuen, porque se considera que proceden de acuerdo por una tácita convencion, que dura solamente

te aquel tiempo que permanecen en ella; pero si alguna de las partes solicitase nuevamente la continuacion del pleyto, se hace saber por retardado á las otras, que es lo mismo que decirlas, que alguna de ellas se habia separado de su anterior convencion, y que se reintegraba en la libertad que ántes tenia para seguir su instancia.

121. La citada *ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. pone en su segunda parte una excepcion general á la regla que establece en la primera por aquellas palabras: *Salvo si oviere embargo derecho, porque no le pueda seguir, ni librar.* Lo mismo se observa en la *Clement.* 3. *de Appellationib.* por una disposicion negativa, ibi: *Quod si justo impedimento cessante non fecerit, debebit ejus appellatio deserta censeri.*

122. Estas dos disposiciones se limitan á declarar, que no corre al apelante el tiempo que está impedido, y que no le perjudica el no seguir, ni acabar su apelacion dentro del año; pero no determinan ni señalan el tiempo que le debe conceder para dicho fin, esto es, si cesando el impedimento correrá el mismo término que estuvo impedida hasta completar el año útil, y quedar expedita para seguir y acabar su instancia.

123. La *ley* 5. §. 4. *Cod. de Temporib. appellation.* establece la propia excepcion ó limitacion de que no le perjudique el no haber seguido, ni acabado la apelacion dentro del año, si acreditare haber estado impedida, ibi: *Nisi ipse appellator evidentissimis probationibus possit ostendere, se quidem summa ope nixum voluisse litem exercere, per judicem autem stetisse, vel aliam inexorabilem causam subsecutam, propter quam hoc facere minime valuit.* Y añade que en este caso se le conceda otro año para el mismo efecto de seguir y acabar la apelacion, y pasado quede desierta, y de consiguiente firme la sentencia.

124. Lo mismo se dispone en la *Novel.* 49. §. 1. *De his qui ingrediuntur ad appellat.* y en el *Can.* 41. *caus.* 2. *q.* 6. De esta adiccion, por la qual se concede otro año para el fin referido, tomáron ocasion los Autores para excitar dudas, y dividirse en opiniones contrarias, acerca del tiem-

po

po que debia durar el impedimento del primer año, para que tuviese lugar la indulgencia del segundo; pues como no lo explican las leyes, proceden los Autores tan arbitrariamente en sus resoluciones, que causan una confusion inexplicable, como lo notó Gonzalez *sobre el cap.* 5. *de Appellation. desde el n.* 11., y se observa en Scacia *de Appellation. q.* 15. *art.* 5. *n.* 148. y en Acevedo *en la ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. *n.* 19. *y* 20.

125. Toda la materia de estos años fatales, para seguir y acabar las apelaciones, ha llegado á quedar casi inútil en la práctica de los Tribunales: porque radicados los autos por via de apelacion en el Superior competente, proveen las leyes de oportuno remedio á las partes, que obtuviéron la sentencia, para que insten su brevedad; y quando no lo hacen, vienen á caer en el medio ya insinuado, de proceder con uniforme acuerdo en la suspension temporal de la causa, que es el primer fundamento en que puede consistir el no excitarse controversias en los Tribunales sobre el tiempo que señalan las leyes para seguir y acabar las apelaciones.

126. En los juicios correspondientes al fuero Real van las mas al Consejo, Chancillerías y Audiencias; y como estos Tribunales están por lo general ocupados en muchos y graves negocios, y miran por otra parte la verdad y la justicia, sin detenerse en rigurosas formalidades, y están al mismo tiempo libres de intentar ni ocurrir á la dilacion de los autos, se consideran las partes justamente impedidas para no acabar la instancia, y quedan preservadas de la insinuada pena, de que perezca por este medio su justicia.

127. Esto es lo que notó por nueva y particular excepcion Gonzalez en el citado *cap.* 5. *de Appellation. al fin del n.* 11., ibi: *Quod in appellationibus interpositis ad Principis Consistoria cursus fatalium tam in primo, quam in secundo anno sistat, neque id sine ratione; cum alioquin esset iniquum Principum Consistoria negotiorum multitudine, et temporis angustiis concludi, idque appellanti no-*

nocere: y se funda en la *Autent. de Appellationib.* §. *Ad hæc. Collat.* 4. *tit.* 2. *cap.* 2., en la *ley última* §. 3. *Cod. de Temporib. appellation.* y en el *cap.* 50. *de Appellation.*

CAPÍTULO IV.

De las sentencias que hacen cosa juzgada.

1. Habiéndose tratado en el Capítulo próxîmo de la cosa juzgada que producian las sentencias, auxîliadas del consentimiento de las partes, porque ó no apeláron, ó no siguiéron y acabáron las apelaciones en los tiempos debidos; se sigue tratar en este de la cosa juzgada, que nace de las sentencias contra la intencion y voluntad de los mismos que litigan.

2. La primera regla se forma del número de tres sentencias conformes, las quales acaban enteramente el pleyto, hacen cosa juzgada, se executan, y no reciben apelacion ni súplica. Así lo disponen con entera uniformidad las *leyes* 5. *tit.* 17., la 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *de la Recop.*: la 25. *tit.* 23., la 4. *tit.* 24. *Part.* 3. y la *ley única Cod. Ne liceat in una, eademque causa tertio provocare. Novel.* 82. *cap.* 5. *in fin. Cap.* 65. *de Appellat. Clement.* 1. *de Sent. et re judicat.*

3. En esta regla convienen todos los Autores Gonzal. en el citado *cap.* 65. *de Appellat.* Salgad. *de Reg. part.* 3. *cap.* 16. Covarrub. *Pract. cap.* 25. *n.* 3. *et* 8. Scac. *de Appellat. q.* 17. *limit.* 1.; pero están discordes en la razon fundamental de la misma regla. Y á la verdad que no hay alguna que convenza la necesidad de su establecimiento y observancia: porque la principal, que insinúan, se reduce, á que no es de presumir que tres Jueces ó Tribunales sentenciasen con agravio de los derechos de las partes. Pero esta presuncion dexa siempre en duda la verdad, y solamente forma una opinion probable, de que sea cierto lo que han juzgado con uniformidad tres Jueces ó Tribunales. Así lo indica Santo Tomas *Secund. secundæ.*

q. 69. art. 3. in fin.: *Ideo autem non est concessum, ut tertio aliquis appellet super eodem, quia non est probabile toties Judices á recto judicio declinare.* Gonzalez en el citado *cap. 65. n. 7.*, asegurado de este pensamiento, manifiesta no hallar razon alguna que concluya la necesidad de esta regla, atribuyéndola á la fuerza de la ley que estableció el Legislador á su arbitrio, excitado de la razon indicada; y mas principalmente del deseo de poner fin á los pleytos por el interes de la causa pública.

4. La *ley 25. tit 23. Part. 3.*, dexando establecida en su primera parte la mencionada regla, de que se pueda apelar dos veces de un mismo juicio, reune, como fundamento de esta disposicion, las dos razones que se han expresado, *ibi*: "Cá tenemos, que el pleyto, que es juzgado, é esmerado por tres sentencias, es derecho; é que grave cosa seria, aver á esperar sobre una misma cosa la quarta sentencia.

5. En las mismas leyes se presenta una prueba perentoria de no autorizarse la cosa juzgada por el número de las tres sentencias uniformes, ni por las razones que se motivan, sino por el arbitrio del Legislador, que pudo dar igual fuerza de cosa juzgada á una ó á dos sentencias, ya fuesen conformes, ó discordasen substancialmente; pues así lo dispone y se observa en diferentes causas, atendidas las circunstancias que refieren las mismas leyes.

6. En la *5. tit. 5. lib. 7. Recop.* se dispone, que en los pleytos tocantes á las rentas y Propios de las Ciudades, Villas y Lugares de estos Reynos, si fueren dadas por qualesquier Jueces dos sentencias conformes, que no se pueda apelar de ellas, ni agraviarse; y solo en el caso de ser diversas permite apelar ó suplicar; viniendo por todo á concluirse en los dos casos, que con solas dos sentencias conformes se causa executoria.

7. En las causas que vienen por apelacion al Consejo, Audiencias ó Chancillerías, aunque se confirme la sentencia del Juez inferior de primera instancia por la de vista, tiene lugar la súplica; y la sentencia dada en revista, aun-

aunque sea revocatoria de las anteriores, causa executoria, sin embargo de ser una sola sentencia. Lo mismo sucede en los pleytos que empiezan en el Consejo, Audiencias ó Chancillerías. Así lo dispone para uno y otro caso la *ley 3. tit. 17.* y la *2. tit. 19. lib. 4. de la Recop.*

8. Los pleytos de tenuta y posesion se acaban con sola una sentencia, y no se admite súplica, ni otro recurso alguno, sin embargo de ser por lo general de mucha entidad y gravedad: porque no solo se transfiere la posesion civil y natural, que es un grande auxîlio para vencer en el juicio de propiedad, sino qne se hace dueño de los frutos producidos desde la vacante hasta la sentencia, y continúa percibiendo los demas el largo tiempo que duran los pleytos de esta calidad.

9. La *ley 52. tit. 4. lib. 2. de la Recop.* da por fenecidos los pleytos de residencia, tomada á los Jueces, con sola una sentencia del Consejo, sin admitir suplicacion, sino solamente en dos casos que expresa la misma *ley y el auto 2. del propio tit. y lib.* Lo mismo se halla declarado en otras muchas causas, demostrándose por la serie de tantas leyes, que la fuerza de cosa juzgada no está en la uniformidad, ni en el número de las sentencias, sino en el fin de acabar los pleytos con la brevedad posible; y como estas disposiciones son generales en su establecimiento, á ninguno agravian, pues todos se conforman en su observancia, por el interes público que las motiva.

10. Como no puede llegarse al término de que se cause executoria con la sentencia de revista del Consejo, Chancillerías y Audiencias, sino por el medio de suplicar de las de vista, es muy oportuno y necesario advertir las causas, el tiempo y el modo con que se han de interponer y seguir las suplicaciones; y para que se perciba con mayor claridad el uso que se debe hacer de ellas, se cotejarán con las apelaciones, notando las causas y fundamentos en que convienen, y sus respectivas diferencias.

11. El agravio, que recibe la parte por la sentencia del Juez, es la causa que justifica la apelacion, y así ha de exîstir

tir de presente; y si no le hay, porque no se ha recibido, ó aparece notoriamente del proceso que no le contiene la sentencia, ni se puede mejorar el derecho de la parte con nuevas alegaciones y probanzas, no tiene lugar la apelacion, y se desprecia como frívola y calumniosa. Esto es lo que largamente se explicó y fundó en el capítulo segundo de esta segunda parte.

12. En todo esto convienen las súplicas, disponiéndose literalmente acerca de ellas en las citadas *ley.* 1. *y* 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *de la Recop.*, que la parte, contra quien fuere dada la sentencia, ha de alegar por escrito que es agraviada, expresando los agravios, como se repite muchas veces en las mismas leyes.

13. Tan necesario es que se motive en la súplica el gravamen que irroga la sentencia á la parte, que no basta alegarlo ni expresarlo al tiempo de la súplica, si los Jueces no lo conciben, á lo ménos con probabilidad, por los hechos del proceso, ó hallaren que se pueden mejorar por la parte que suplica con nuevas alegaciones y probanzas; pues faltando estos fundamentos, estiman la súplica por frívola y maliciosa, y no la admiten quando la interpone la parte. Muchas veces previenen este caso en sus sentencias, quando hallan notoria la justicia, y que no se puede variar; y entónces mandan que se executen sin embargo de suplicacion, que es adelantar el dictamen, y prevenir lo que habian de proveer, en el caso de que se suplicase de la citada sentencia.

14. De esta práctica hace memoria el *auto acord.* 10. *tit.* 19. *lib.* 4.; pues manda participar á la Chancillería de Valladolid la cierta noticia en que se está, de que en las causas civiles se usa muchas veces de la cláusula *execútese sin embargo*, de que tratan muchos Autores, siendo estilo observado en las Audiencias, y tambien en dicha Chancillería, que la licencia para suplicar de las sentencias, que contengan la referida calidad, se pide en la misma Sala donde pasa el pleyto, precediendo la visita de ceremonia y urbanidad de los litigantes á los Minis-

tros que votáron el *sin embargo.*

15. De la visita de ceremonia y urbanidad que en tales casos precedia, y refiere el citado *auto acordado*, resolvió S. M. á consulta y representacion del Señor Conde de Aranda, Presidente del Consejo, que los Ministros de las Chancillerías y Audiencias no admitan á los litigantes visita alguna de cumplimiento ó ceremonia, aun con pretexto de pedir la venia para suplicar, previniendo que en este caso se reciban en las oficinas los pedimentos de las partes, y se dé cuenta de ellos en los Tribunales, para resolver conforme á derecho, si tiene ó no lugar la súplica, con independencia de la visita, cuya ceremonia debe enteramente abolirse; y negada la súplica, no se admitirá mas pedimento sobre el asunto. Á este fin, entre otros que contenia la consulta del Señor Conde Presidente, se expidió Real Cédula en 28. de Junio de 1770., y se manda en ella que, despues de publicada en el Acuerdo, se coloque con las ordenanzas de aquellos Tribunales, para que siempre se tenga á la vista, y no se contravenga á su tenor en manera alguna.

16. La libertad de apelar se limitó á cierto término, que empieza á correr desde el dia que es dada la sentencia, y llega á noticia de las partes; y pasado sin haber apelado, se considera renunciado el derecho, y extinguida la facultad de apelar. Todas estas partes se han explicado y fundado en el citado capítulo segundo, y en todas ellas convienen las súplicas.

17. La diferencia consiste únicamente en que para apelar están señalados cinco dias, y para suplicar diez. Esta variedad se insinuó al fin de la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.*; pues señalados los cinco dias para apelar, previene que por esto no se innove en las leyes, que disponen sobre la suplicacion; y en las 1. *y* 2. *tit.* 19. *del prop. lib.* se manda, que la parte, que quisiere suplicar de la sentencia difinitiva, haya solamente el término de diez dias para suplicar, y no mas, ya se haya empezado el pleyto en el Consejo ó Audiencia, ó que viniese por apelacion,

cion, ó en otra qualquier manera; añadiendo, que si no suplicare y expresare los agravios en escrito dentro de diez dias, quede la sentencia firme, y no sea mas oido, señalando igualmente el dia de la notificacion de la sentencia por principio del término de los diez dias; y por todo se viene á concluir la uniformidad que guardan la apelacion y la suplicacion, con la sola diferencia advertida, en quanto al mayor término que se concede para suplicar.

18. La *ley 6. tit. 24. Part. 3.* señala los mismos diez dias para suplicar; pero si no se acordare de pedir merced hasta este tiempo, dice que lo puede hacer aun hasta dos años. Cotejada esta ley con las recopiladas que se han citado, se observan dos notables diferencias. Consiste la una en el tiempo de los dos años que no se conceden, ántes bien se excluyen por las leyes posteriores. La segunda en que la sentencia se executaba baxo de fianza, quando se suplicaba dentro de los diez dias, y sin ella, haciéndolo despues de dicho término de diez dias, pero dentro de los dos años.

19. Ahora se suspende la execucion de la sentencia de vista por efecto de la súplica, y no se permite interponerla pasados los diez dias, como se expresa en las leyes referidas, y en la 8. *tit. 4. lib. 2. del Ordenam.*

20. La súplica tiene su orígen en la merced y gracia del Rey, la qual supone que la primera sentencia, á que se refiere la súplica, hace cosa juzgada con efecto de verdadera executoria, y que necesita de toda la autoridad Real para que por gracia ó merced abra el juicio, y mande se vuelva á exâminar, que es á lo que corresponde el nombre de revista, siendo esta es una diferencia notable entre la súplica y la apelacion, como se prueba de las leyes, recorriéndolas por el órden de su antigüedad.

21. La dignidad de Prefecto Pretor fué en tiempo de los Romanos, desde que se fixó el Imperio, la mayor, y su sentencia hacia cosa juzgada, y era igual en todos sus efectos á la que daba por sí el mismo Emperador ó

Rey, sin admitir apelacion, ni reclamacion alguna. El orígen de esta prerogativa se toma del Emperador Constantino en la *ley 16. de Appellationib. en el Código Teodosiano.* Refiere los Jueces que conocian de las causas á nombre del Emperador; y esta circunstancia daba motivo para dudar si se podia apelar de su sentencia. Entre los de esta clase refiere algunos la citada ley en su principio, y determina que se puede provocar y apelar de sus sentencias: ibi: *A Proconsulibus, et Comitibus, et his qui vice Præfectorum cognoscunt, sive ex appellatione, sive ex delegato, sive ex ordine judicaverint, provocari permittimus.*

22. Continúa en su contexto, y declara como privativa del Prefecto Pretorio la prerogativa de que no se pueda apelar de su sentencia: ibi: *A Præfectis autem Prætorio, qui soli vice sacra cognoscere vere dicendi sunt, provocari non sinimus: ne jam nostra contingi veneratio videatur.*

23. En dos causas motiva esta ley la preferencia insinuada. Una es, porque el Prefecto Pretorio representa verdaderamente la sacra autoridad del Emperador, y así lo manifiesta la palabra *vere*, y prueba tambien con esta discretiva expresion que los otros Jueces, de que habla en su primera parte, tenian cierta alusion y semejanza, aunque mas impropia y remota, en el exercicio y representacion de la autoridad Real. La segunda causa se reduce á que siendo tan íntimamente próxîma la dignidad de Prefecto Pretorio por la confianza y amplitud de autoridad con la del mismo Emperador, se presentaria como ofensa de la veneracion que se debe al Imperio, sino se comunicase igual respeto á la persona, que tan inmediatamente lo representaba en el exercicio de su autoridad; y esto es lo que dan á entender bien claramente aquellas palabras: *Ne jam nostra contingi veneratio videatur.*

24. La *ley única ff. de Offic. Præfect. Prætor.* refiere el tiempo y orígen de esta dignidad, su grande autoridad y la prerogativa de que sean inapelables sus sentencias,

su-

suponiendo estarle concedida por otras leyes mas antiguas, que es la citada de Constantino; y explica al fin la razon en que se funda la prerogativa indicada: ibi: *Credidit enim Princeps eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide, et gravitate, ad ejus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos esse, pro sapientia ac jure dignitatis suæ, quam ipse foret judicaturus.*

25. Aunque en otras leyes se hace igual memoria de la dignidad de Prefecto Pretorio, y de la excelencia privativa de que no se pueda apelar de su sentencia, estimándola firme y rata para llevarla á debida execucion, no es necesario referirlas todas, concluyendo este artículo con la prueba y convencimiento, que en su comparacion presentan las sentencias que daban en aquellos tiempos los Obispos en las causas civiles.

26. El mismo Emperador Constantino, atendiendo al mayor beneficio de sus súbditos, y confiando mucho de la integridad y justificacion de los Obispos, permitió á los litigantes que llevasen de conformidad sus causas civiles al juicio y decision de los mismos Obispos, y la autorizó y ratificó en el alto grado de sentencia difinitiva inapelable, para que pudiera llevarse inmediatamente á execucion por los Rectores ó Jueces de las Provincias y sus oficiales.

27. Esta prerogativa, que comunicó aquel Emperador á las sentencias de los Obispos en los negocios civiles, la funda y motiva en la excelencia en que la consideraba, como si se hubiesen dado por el mismo Emperador, ó por el Prefecto Pretorio.

28. Sozomeno en el *lib.* 1. *de su Histor. Eccles. capit. 9.*, tratando del Emperador Constantino, se explica en los términos siguientes: *Et litigantibus permisit, ut ad Episcoporum judicium provocarent, si Magistratus civiles rejicere vellent: eorum autem sententia rata esset.*

29. Honorio y Teodosio ratificáron la misma prerogativa en la *ley* 8., y mas expresamente en la 8. *Cod. de Episcop. audient.* ibi: *Episcopale judicium ratum sit omni-*

nibus, qui se audiri à Sacerdotibus elegerint, eamque illorum judicationi adhibendam esse reverentiam jubemus, quam vestris deferri necesse est potestatibus, à quibus non licet provocare.

30. El mismo Sozomeno en el lugar citado se explica, hablando de las sentencias de los Obispos, con la siguiente comparacion: *Aliorumque judicum sententiis prævaleret, perinde ac si ab Imperatore ipso data fuisset::::: utque res ab Episcopis judicatas, Rectores Provinciarum, eorumque officiales executioni mandarent.* Del mismo modo se explica la citada *ley* 8. *Cod. de Episcopal. audient. Per judicem quoque officia, ne sit cassa Episcopalis cognitio, definitioni executio tribuatur.*

31. De la enunciada ley de Constantino y de su disposicion hacen memoria Baron. *año de* 398. *n.* 63. Tomasin. *de Discipl. Eccles. p.* 2. *lib.* 3. *cap.* 102. *n.* 1. *y* 2. Van-Espen *de Jur. Ecclesiast. p.* 3. *tit.* 1. *cap.* 1. *n.* 17.

32. Todos estos graves Autores convienen en ciertas proposiciones fundamentales, que son notorias. La primera es, que los Obispos ántes de la mencionada ley de Constantino conocian por compromiso y avenencia de las causas civiles, que llevaban á su decision los litigantes, siguiendo el consejo, ó llámese precepto de San Pablo, que insinuó generalmente á todos los Christianos, y mas particularmente á los Obispos, en su primera carta á los de Corinto *cap.* 6.; y así se quejaba San Agustin de no poder gozar del tiempo para la oracion y leccion de libros sagrados, por ocuparlo útilmente en componer las discordias de los Christianos. Lo mismo hacia San Ambrosio y otros Santos Obispos, como lo manifiesta el mismo San Agustin *al cap.* 9. *de Oper. Monachorum, y en sus cartas* 81. *y* 147., *y sobre el Salmo* 118., acreditándolo igualmente Posidio *de Vit. Augustini cap.* 19. Tomasin. *part.* 2. *lib.* 3. *cap.* 101. Van-Espen *de Jur. Ecclesiast. p.* 3. *tit.* 1. *cap.* 1. y Baron. *en sus Annal. Ecclesiast. año* 398. *n.* 63.

33. La segunda proposicion, en que están conformes los

los referidos Autores y las leyes, consiste en que las sentencias dadas por los árbitros no obligaban á su cumplimiento, dependiendo únicamente de la voluntad de las partes; y aunque para darlas alguna autoridad, tomáron los medios de imponer penas á los que no estuviesen por el de los árbitros, jurando al mismo tiempo cumplir sus avenencias, dexáron siempre libre la execucion de la sentencia, salvo que la loasen con el posterior consentimiento, ya fuese expreso ó tácito, por el curso de diez dias, que tenian para reclamar sus determinaciones. Esto es lo que disponen y confirman la *ley 2. ff. de Receptis, et qui arbitrium receperunt*: la 1. *Cod. eod. tit. Novel.* 82. *tit.* 11. *col.* 6. *cap.* 11., y la 23. *tit.* 4. *Part.* 3. *ibi*: "E sobre todo deven prometer, de guardar, é de obedecer el mandamiento, é los juicios, que los avenidores ficiesen sobre aquel pleyto, so cierta pena, que peche la parte que non quisiere estar por ello, á la otra que obedeció el mandamiento de los avenidores. Ca si pena non y fuese puesta, non serian tenudas las partes de obedecer el mandamiento, nin el juicio, que diesen entre ellos; fueras ende si callasen, é lo non contradixesen, desde el dia que fuese dada la sentencia, fasta diez dias." Lo mismo se dispone en la *ley* 26. *del prop. tit. y Part.* y en el *cap.* 4. *de Arbitris.*

34. De estas dos proposiciones se viene en claro conocimiento, de que el Emperador Constantino concedió únicamente de nuevo á las sentencias de los Obispos dos cosas. Una, que obligasen á los litigantes á estar y pasar por ellas. Otra, que con sola una sentencia quedase acabado el pleyto, y se llevase á pura execucion, la qual encargó á los Jueces Ordinarios de las Provincias; y esta fué otra señal de que no reconocia en los Obispos jurisdiccion contenciosa para decidir los pleytos civiles; pues si la hubieran tenido, procederian por sí mismos á executarlas, como parte que completaba aquel juicio, segun disponen las leyes que refiere Salgado, con otros muchos Autores, en la *part.* 3. *de Reg. cap.* 14. *n.* 98. seña-

la-

ladamente la *6. tit.* 17. *lib.* 4.

35. La *ley* 8. *tit.* 18. *Part.* 4. pone por semejante al Prefecto Pretorio al Adelantado mayor de la Corte, explica su oficio y dignidad, como subrogado en lugar del Rey para juzgar y librar en ella todos los pleytos del Reyno, "é las alzadas de los Jueces de la Corte que vinie-»ren antel;" y con respecto á la mayoría de esta dignidad, y de estar subrogada en el lugar inmediato del Emperador ó Rey, dice: "Ca así como non pueden apelar »de la sentencia que da el Emperador, ó el Rey, bien »así non pueden alzarse de la que diese este atal; mas »puédenle pedir merced, que vea, ó enmiende su sen-»tencia, si quisiere."

36. Lo mismo disponen substancialmente las *leyes* 4. *y* 6. *tit.* 24. *Part.* 3., señalándose en esta última el término de diez dias, para pedir merced de ser oida, contados desde que fuere dada la sentencia por el Rey, ó por el Adelantado mayor de la Corte.

37. En lugar del Adelantado mayor se subrogó el Consejo Real, representando inmediatamente la suprema autoridad del Rey, para juzgar de todas las causas del Reyno que vinieren á él, y de las alzadas de los Jueces de la Corte, acabando con su sentencia el pleyto, y haciendo cosa juzgada para ser llevada á execucion.

38. Todas estas partes se contienen con muy clara uniformidad en las leyes del Reyno. La 19. *tit.* 23. *Partid.* 3. dispone: Que de las alzadas, que se hacen al Rey, conozcan aquellos, que juzgan quotidianamente en su Corte; y estos son los Ministros del Consejo Real que despachan con el Rey, y con su inmediata representacion, y á este fin se ordenó por la *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 2. *de la Recop.*: Que el Rey se sentaria en público dos dias en la semana con los de su Consejo, y con los Alcaldes de su Corte; y serian Lúnes y Viérnes; y los Señores Reyes Católicos reduxéron su asistencia en el Consejo al Viérnes de cada semana; como se dispone en la *ley* 2. *del prop. tit. y lib.*; y por la 5. *del mismo tit. y lib.* se hallaba de-

determinado muy de antiguo, que el Rey anduviese con el Consejo y Alcaldes por todas sus tierras y Señoríos, usando de justicia, y administrándola. Lo mismo se halla establecido en las *leyes* 1. *y* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Ordenam. Real*, y aun se conservan en el dia estos vestigios antiguos de sentarse el Rey con el Consejo en el Viérnes de cada semana á despachar las consultas, guardándose puntualmente lo ordenado por las leyes, acerca de que no entre, ni esté, ni se siente en el Consejo ninguna otra persona, que no sea del mismo Consejo; demostrándose por una observancia constante desde lo mas antiguo, que en el Consejo despacha el Rey, y á su nombre se libran las Provisiones y Cédulas, sin que pueda dudarse que la sentencia que da el Consejo y la que da el Rey son de igual autoridad en el punto de acabar con ella el pleyto, hacer cosa juzgada, y executarla.

39. Desde que se fixó el Consejo con el Rey en su Corte, no estaban expeditas sus facultades para determinar todos los negocios de gobierno y pleytos de justicia del Reyno, y usaban de Jueces comisionados, de donde resultaban grandes daños á las partes y á la causa pública; y para enmendarlos, y facilitar á los interesados la administracion de su justicia sin tanto gravamen y gastos, fué muy conveniente establecer las Chancillerías y Audiencias de los respectivos territorios, baxo las reglas que se estimáron convenientes, y se han ido mejorando con la experiencia y el tiempo, autorizando á estos Tribunales con la jurisdiccion competente para conocer y acabar las causas de su territorio, sin que admitan apelacion sus sentencias, salvo en algunos casos, que están especificados en las leyes, para las Audiencias de Galicia y Oviedo; viniendo á concluirse, que lo que se ha dicho del Consejo, en quanto á que su primera sentencia hacia cosa juzgada, y que solamente podia suspenderse su execucion por efecto de la súplica, que pendia de la merced y gracia del mismo Tribunal ó del Rey, segun lo dis-

ponen las referidas *leyes* 4. *y* 6. *tit.* 24. *Part.* 3. y la 8. *títul.* 18. *Part.* 4., se debe entender tambien de las sentencias de las Chancillerías y Audiencias.

40. Este medio, que en su orígen fué de gracia, se ha hecho ya por las leyes ordinario y de justicia, como lo funda con otros Maldonad. *de Secund. supplication. títul.* 1. *q.* 1. *n.* 25.

41. Por consideracion á la mas alta y distinguida dignidad con que los Señores Reyes han autorizado estos Tribunales y sus Ministros, se debe proceder en el modo de interponer las súplicas, y en el fin, con el mayor acatamiento y decoro de los mismos Jueces; pues aunque las leyes disponen en lo general, que los que apelan sean muy moderados en sus palabras, no agraviando al Juzgador, como se previene en la *ley* 26. *tit.* 23. *Part.* 3. y en la 12. *tit.* 18. *lib.* 4., aun deben ser mas sumisas y reverentes las palabras de la súplica, motivándola en el error de los litigantes, ó en la malicia de las contrarias, sin atribuirlo á los Jueces, ni á su ignorancia ó malicia; y esta es una diferencia muy notable entre la apelacion y la súplica, pero muy justa, por lo mucho que importa mantener el alto respeto y decoro de los Tribunales superiores, haciéndolos parecer al Público como infalibles en sus resoluciones.

42. El Padre Marquez *en su tratado del Gobernador Christiano lib.* 1. *cap.* 18. §. 2. y Larrea *en su alegacion* 103. recogiéron todas las causas y motivos que obligan á honrar á los Jueces, y á mantenerles su decoro y respeto: porque son las armas con que hacen al Rey el grande servicio de conservar la paz y justicia de sus Reynos.

43. Por estas consideraciones deben proceder los Letrados, quando supliquen de las sentencias del Consejo, Chancillerías y Audiencias, con el cuidado de proponer nuevos hechos, y producir algunos instrumentos, aunque no sean muy importantes á la justicia de la causa, para que el Tribunal pueda motivar en estas nuevas ale-

ga-

gaciones y probanzas la reforma y enmienda de su anterior sentencia.

44. La que se diese en la instancia de súplica, ya sea confirmando ó revocando las anteriores, causa executoria de cosa juzgada, y se procede en su virtud á dar á cada uno su derecho, que es el fin que completa todas las partes de la justicia, segun se contiene en su definicion.

45. Por estos principios, que forman la regla general ya indicada, correspondia se tratase inmediatamente de la execucion de la cosa juzgada; pero como no están sujetas todas las apelaciones y suplicaciones ni en su progreso, ni en sus términos, á la regla, y admiten algunas excepciones, señaladamente las apelaciones que se interponen de los Jueces de Madrid, y las sentencias de revista, que por su gravedad y calidad permiten la segunda suplicacion; se tratará de estos dos puntos con la brevedad posible, en quanto se adviertan sus particularidades, en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO V.

Las sentencias dadas por el Consejo, confirmando ó revocando las de los Álcaldes de Corte, Corregidor y Tenientes de Madrid en las causas civiles de que estos conocen, hacen cosa juzgada; y el mismo efecto tienen las que dan las dos Salas de Corte.

1. Supuestas las reglas, que dexo explicadas en el capítulo segundo parte segunda de estos Apuntamientos, por donde se declaran las causas que deben ir por apelacion á la Sala de Provincia del Consejo, y las que corresponden á las dos de Corte, segun la última legislacion que allí se refiere; me he reservado advertir en este capítulo las particularidades de las apelaciones, que se interponen de las sentencias de los Alcaldes que despachan

en Provincia, y de las del Corregidor y sus Tenientes.

2. Sintiéndose agraviada alguna de las partes que litigan, que es el principio y fundamento comun de todas las apelaciones, como se demostró en el citado capítulo segundo, se presenta derechamente en Sala de Provincia del Consejo, ó en las dos de la Corte, segun su turno, por via de apelacion, nulidad, queja, agravio, ó por el recurso que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos de dichos Jueces, señaladamente de la sentencia, que han dado en los autos, y entre las partes que se expresan; y concluye pidiendo, se sirva mandar, que el Escribano de Provincia, ó el del Número entreguen los autos en la Escribanía de Cámara del Consejo, ó que vayan á hacer relacion de ellos, segun la entidad y calidad que expresan las leyes.

3. Por este medio, observado constantemente en los referidos Tribunales superiores, se logran conocidas ventajas á favor de la causa pública y de las partes en la mayor expedicion y ménos gastos de los negocios; escusandose apelar ante el Juez que dió la sentencia, pedir testimonio de ella, y acudir con él en el término que señale el Juez, ó en el de la ley, al Tribunal superior, formalizar en él la apelacion, sacar los despachos para que se remitan los autos originales, ó en compulsa, otorgar nuevo poder para la segunda instancia, y hacer las demas diligencias, que por regla están prevenidas en las apelaciones comunes, y se han referido muy por menor en los capítulos segundo y tercero de esta segunda parte.

4. Los Escribanos de Provincia hacen relacion de los autos en las dos Salas de Corte, á donde van las apelaciones, quando la cantidad, que se litiga, no excede de trescientos mil maravedis, señalados por resolucion de S. M. á consulta del Consejo de 9. de Setiembre de 1750., sin diferencia de que los autos apelados sean difinitivos, ó interlocutorios. En estos tres artículos convienen los Escribanos del Número de Madrid.

5. Si la causa excediere de los 300∂. mrs., van las ape-

apelaciones á la Sala de Provincia del Consejo, y los Escribanos de Provincia y los del Número hacen relacion de ellos. Los de Provincia, si no excede de mil ducados, y los del Número sin limitacion.

6. Esta diferencia, en quanto á ir á hacer relacion, nace del *aut. acord.* 11. *tit.* 8. *lib.* 2., su fecha 24. de Setiembre de 1680., en el qual se declaró en justicia, y se resolvió á consulta con S. M., que de los pleytos, cuyo interes no excediere de mil ducados, en que los Alcaldes de Corte hubieren determinado difinitivamente en primera instancia, hagan relacion los Escribanos de Provincia; y que entreguen todos los que excedieren de la dicha cantidad de mil ducados á los Escribanos de Cámara, trayéndolos al Consejo para que se repartan.

7. La duda, que dió motivo al pleyto seguido entre los Escribanos de Provincia y los de Cámara del Consejo, que se determinó y resolvió, segun queda expresado, pudo muy bien fundarse en la *ley* 2. *tit.* 6. *lib.* 2., por la qual se dispone, que en las causas civiles de que conocieren los Alcaldes de Corte, "no aya apelacion, ni »suplicacion, ni agravio, ni nulidad, salvo para ante Nos, »y los del nuestro Consejo, y no para ante los Oidores »de la nuestra Audiencia, ni para otro alguno."

8. Como esta ley no habla de los Escribanos de Provincia, ni de las facultades de su oficio en quanto á ir á hacer relacion de los autos, quando se apelare de las sentencias de los Alcaldes, ni tampoco distingue de las que sean difinitivas ó interlocutorias, ni del interes de las causas, quedaban en confuso las autoridades de dichos Escribanos, y las que pretendian tener los de Cámara del Consejo, para que se les entregasen los autos que iban á él por apelacion.

9. Por la *ley* 16. §. 17. *tit.* 6. *lib.* 2. se declara: "Que »siendo la cantidad sobre que es el pleyto de cinqüenta »mil maravedis, ó dende arriba, se aya de apelar, y apele para el Consejo donde el Escrivano ha de ir á ha»cer relacion, y se ha de despachar, y determinar el ne-

»go-

»gocio, segun, y en la forma que hasta aquí se ha »hecho."

10. El punto que se da de 50Э. mrs. excluye del Consejo las causas cuyo interes no llegare á esta cantidad, y las manda llevar por apelacion á los dos Alcaldes de Corte, que á este fin estaban señalados; pero como no pone término al interes de las que han de ir al Consejo, ántes bien lo dexa abierto é indefinido por aquella cláusula, *ó dende arriba*, y dispone en su continuacion que el Escribano ha de ir á hacer relacion, parecia bien fundado el intento de los de Provincia en todas las causas que fuesen por apelacion al Consejo.

11. La *ley* 16. *tit.* 8. *lib.* 2. dispone en el mismo caso de las apelaciones al Consejo; que "sin dilacion alguna los Escrivanos de los dichos nuestros Alcaldes dén á »los dichos nuestros Escrivanos de Cámara el dicho pro»ceso originalmente." Lo mismo dispone la *ley* 27. *del propio tit. y lib. ibi*: "Que entreguen los dichos Escriva»nos los procesos, quando de la determinacion dellos se »apelare al Consejo, originalmente."

12. Como estas dos últimas leyes favorecian el intento de los Escribanos de Cámara del Consejo, pues se mandaba con la misma generalidad y cláusulas indefinidas, que se les entregasen los autos originalmente, fué conveniente y necesaria la declaracion que hizo el Consejo en el citado *auto* 11. *tit.* 8. *lib.* 2.; y así se observa.

13. Pero trae graves daños á la causa pública en la retardacion de la justicia y en los mayores gastos de las partes; pues estas, si los toman para formalizar ó reproducir sus pretensiones en aquella segunda instancia, pagan los derechos de tiras de todo el proceso, ó la mitad de ellas, quando no usan de los autos; y piden que desde luego pasen al Relator, para que forme el apuntamiento, que es otro nuevo gravamen en los derechos y en la dilacion; y repetido por los muchos procesos que en estos tiempos exceden de los mil ducados, forman un objeto muy digno del zelo y sabiduría del Consejo.

El

14. El Público desearia que el mismo Consejo lo tomase en consideracion, para precaver ó enmendar unos males tan conocidos, acordando para ello los medios mas oportunos, y consultándolos, si fuese necesario, con S. M.

15. A mi se me ofrecian algunos muy conformes á la razon y á la equidad de las leyes, atendidas las circunstancias de los tiempos presentes. La citada *ley* 16. §. 17. *tit.* 6. *lib.* 2., que es del Señor Don Felipe II. año de 1583., señala la cantidad hasta 50∂. mrs., para que la apelacion de las sentencias, que dieren los Alcaldes, pueda ir á los dos que estaban señalados para este encargo: la 17. *siguiente* extendió la apelacion de los mismos negocios á 100∂. mrs.: la 18. *cap.* 3. *del prop. tit. y lib.* repite la misma cantidad, y añade dos cosas: Una, que el Presidente del Consejo nombre al principio de cada mes dos Alcaldes, que conozcan en apelacion de las causas, que hubiesen determinado los otros tres Alcaldes hasta en cantidad de los dichos 100∂. mrs.; y la otra, que igualmente conociesen en apelacion de las que determinare la Justicia ordinaria de Madrid, no llegando á dichos 100∂. mrs. Y en 9. de Setiembre de 1750. se amplió la cantidad, de que podian conocer en apelacion los dos Alcaldes que formaban la Saleta, á 300∂. mrs.

16. Siguiendo pues los exemplares referidos, y otros muchos que se hallan en las leyes, podria aumentarse á mayores cantidades el conocimiento de los Alcaldes de apelaciones, y con mayoría de razon en las actuales circunstancias; pues en lo antiguo se confiaba la determinacion de esta segunda instancia, que hacia cosa juzgada, á solos dos Alcaldes; y ahora conocen las dos Salas, por el turno señalado en la Real Cédula de 19. de Abril del año de 1785.

17. Con proporcion á la cantidad que se acordase y señalase en las apelaciones, de que puedan conocer las dos Salas de Corte, se deberá señalar la de los negocios, cuyas apelaciones hayan de ir al Consejo, y puedan los Escribanos de Provincia hacer relacion de ellos; y la terce-

cera clase se formará de los de mayor interes, y en estos negocios se podrá verificar su entrega en las Escribanías de Cámara del Consejo para los fines explicados en el citado *auto* 11. *tit.* 8. *lib.* 2.

18. Esta es la regla que ahora se observa, por efecto del referido *auto*, y la misma que deberia observarse, sin otra diferencia, que la que pueda recibir por el mayor interes de la causa; y así se templaria el daño del Público y de las partes, por el menor número de los negocios que llegarian á entregarse en las Escribanías de Camara del Consejo.

19. Los Escribanos del Número hacen relacion en las apelaciones, ya vayan á la Sala de Corte ó al Consejo, de los autos que han determinado el Corregidor ó sus Tenientes, sin diferencia alguna en el interes de ellos; y esta facultad absoluta se atribuye al Real privilegio, que les concedió el Señor Don Felipe IV. en 9. de Junio de 1636., el qual contiene tres partes: Una, que las escrituras de fundaciones de mayorazgos, ventas y qualesquiera otras de perpetuidad se otorguen precisamente ante los mismos Escribanos de Número: Otra, que las apelaciones de las causas civiles y executorias, seguidas ante los mismos Escribanos del Número, que hasta entónces iban á las Chancillerías de Valladolid, fuesen de allí adelante al Consejo, y se feneciesen y acabasen en él, de qualquier calidad y cantidad que sean; y la tercera parte se contiene en la siguiente cláusula: "Haciendo relacion vosotros en él, como los de Provincia, con que por esto no sea visto hacer novedad en los pleytos de menor quantía, que tocan á la Saleta de los Alcaldes de mi Casa y Corte."

20. Si se observa la referencia que hace este privilegio, de que los Escribanos del Número hagan relacion en el Consejo, como los de Provincia, parece que debian ser iguales en todos los negocios, y que la disposicion de qualquier calidad y cantidad que sean, debia reducirse al artículo de que no fuesen estos negocios á la Chanci-

cillería, y se acabasen en el Consejo.

21. Tambien se observa en el citado privilegio, que ántes de él hacian relacion los Escribanos de Provincia en el Consejo de las causas que determinaban los Alcaldes por sus oficios; y parecia que no debian quedar de peor condicion que los Escribanos del Número, especialmente atendida la comparacion y referencia indicada.

22. Si alguna de las partes pide en el Consejo que los Escribanos del Número entreguen los autos apelados en las Escribanías de Cámara, lo manda así el Consejo *con la calidad de por ahora, y sin perjuicio del privilegio, y de los derechos del Escribano del Número.* Esta providencia se toma con un ligero exâmen, á conseqüencia de Real Órden, comunicada al Consejo por punto general en el año 1755., por la qual mandó S. M., que siempre que alguna de las partes pidiese que el Escribano del Número entregase los autos en las Escribanias de Cámara, lo mandase así el Consejo.

23. Yo seria de dictamen que se defiriese rara vez á la enunciada pretension, representando á S. M. los grandes perjuicios que causa el cumplimiento de dicha Real Orden, y la práctica del Consejo; y son los mismos que se han indicado en la entrega que hacen los Escribanos de Provincia; pues quando los del Número diesen justo motivo á las partes para desconfiar de su relacion, ó la entidad de la causa exîgiese que el apuntamiento se hiciese y concertase con citacion de las mismas partes, sería ménos costosa esta diligencia y mas expedita, haciéndose por el mismo Escribano del Número, ó por otro, á quien se mandasen pasar los autos, para que hiciese relacion de ellos por sí solo, ó en calidad de acompañado.

24. La experiencia hizo conocer el abuso con que dilataban las partes la execucion del decreto del Consejo, por el qual se mandaba que los Escribanos de Provincia y Número fuesen en sus casos á hacer relacion de los autos en que se habia apelado; y para precaver los

perjuicios que resultaban de la malicia de algunas de las partes, acordó el Consejo las oportunas providencias en 13. de Setiembre de 1730., que es el *auto* 18. *tit.* 8. *lib.* 2.: en 16. de Noviembre de 1746.: 23. de Mayo de 1755., y 12. de Junio de 1776.; y no habiendo llenado todo el objeto que deseaba el Consejo, mandó la Sala de Provincia en 20. de Octubre de 1783., que el Escribano de Cámara, á cuyo cargo corresponda el despacho de la apelacion, extienda el decreto siguiente: Informe el Escribano originario de los autos el asunto sobre que es el pleyto, si excede ó no de la cantidad de 300∂ mrs., ó de los 1∂. ducados prevenidos en el *auto acordado* 11.*tit.* 8. *lib.* 2.: si la providencia de que se apela es difinitiva ó interlocutoria, ó siéndolo trae gravamen irreparable; y si fuere de concurso, si está ó nó hecha la graduacion de todos los acreedores: si el Juez que conoce de los autos lo hace como Ordinario ó en virtud de comision: por quién está dada, y para dónde se reserva la apelacion.

25. El fin de la providencia antecedente es precaver que las apelaciones se distraigan de los Tribunales donde correspondan, ó de los medios por donde deben ir; pues sucedia algunas veces, que vistos los autos en Sala de Provincia, se hallaba que debia ir la apelacion á los dos Alcaldes ó á la Sala segunda, y ahora á una de las dos Salas por el turno indicado, retardándose la administracion de la justicia con daño de las partes, excitándose tambien dudas entre los interesados, sobre si los Escribanos de Provincia debian entregar los autos, ó hacer relacion de ellos, á todo lo qual se ocurria por el informe precedente.

26. Admitida la apelacion, se manda en el citado auto de 9. de Octubre de 1783., que la parte que apeló ponga dentro de 6. dias en poder del Escribano actuario el decreto del Consejo con las citaciones necesarias; y pasado dicho término sin haberlo executado, se declara por desierta la apelacion, y que el Juez, que conoce de

los

los autos, prosiga en ellos como hallare por derecho.

27. En los de concurso de acreedores, cuyas apelaciones, por exceder el interes de los 10. ducados, corresponden al Consejo, hacen relacion siempre los Escribanos de Provincia, salvo que se haya dado sentencia difinitiva, graduando todos los acreedores. Esto es lo que dispone el citado *auto* 11. *tit.* 8. *lib.* 2.; y es la razon, porque no estando acabado el pleyto, los autos que dan los Alcades se consideran interlocutorios; y hasta que se concluye la graduacion, no deben entregarlos los Escribanos de Provincia.

28. Puede tambien apelarse ante los mismos Alcaldes y Tenientes que diéron las sentencias, presentándose despues al Consejo ó á las Salas de Corte para mejorarlas, en la forma que se ha explicado. De este medio usan muchas veces las partes como mas breve para detener la execucion de las sentencias, y que no se declare haber pasado en cosa juzgada; y así sin esperar testimonio de la apelacion la mejoran, y tienen los autos su curso en la forma y términos explicados.

29. La sentencia del Consejo y de las Salas de Corte, confirmando ó revocando las dadas por los Alcaldes ó Tenientes de Madrid, causan executoria de cosa juzgada, segun lo dispuesto en la *ley* 20. *tit.* 4. *lib.* 2. *ibi*: "Y que las apelaciones de los Alcaldes de la nuestra Casa, »y Corte, de causas civiles, porque los pleyteantes no »sean fatigados con gastos, queremos que vayan ante los »del nuestro Consejo, estando en el lugar, donde el tal »negocio se determinare; y lo que por ellos fuere visto, »y determinado, sea avido por grado de revista." *Ley* 16. §. 17. *tit.* 6. *lib.* 2. *ibi*: "Y siendo los dos Alcaldes de un »voto, y parecer, se pronunciará la sentencia en con»formidad de lo que acordaren; y de ella se librará man»damiento executorio, sin que aya lugar á apelacion, ni »reclamacion, ni otro recurso alguno." *Aut.* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *ibi*: "La sentencia que en él se diere, confirman»do, ó revocando, acabe el negocio, como si fuese ape-

»lacion de Alcalde de Corte." *Ley* 18. *tit.* 6. *lib.* 2.

30. El mismo efecto causan las sentencias del Consejo, confirmando ó revocando las que por comision particular de este supremo Tribunal haya dado algun Ministro de él en primera instancia. *Aut.* 7. *y* 26. *tit.* 4. *lib.* 2.

31. Con presencia de las leyes y autos acordados referidos, y de los exemplares repetidos, en que por un efecto de la Real clemencia de S. M. se mandaban abrir los juicios, y que se exâminasen nuevamente los pleytos que se habian determinado en apelacion por sentencia de la Sala de Provincia, representó está á S. M. los perjuicios que padecia el Público, y eran dignos de enmendarse; y en su vista, y de lo que consultó el Consejo pleno en 27. de Febrero de 1773., se sirvió S. M. resolver lo siguiente: "Que se admitan las súplicas de las »sentencias de las Salas de Provincia para revista, en los »casos en que sean suplicables, conforme á la calidad y »naturaleza del juicio: que si las tales sentencias de vis»ta fueren confirmatorias de toda conformidad de las del »Juez inferior, ponga el Consejo la calidad de que se »executen sin embargo de suplicacion; y que no se dé »licencia para suplicar, sino en los pleytos muy grandes »y dudosos, ó en que las nuevas pruebas, que puedan »ofrecer las partes, hubieran de variar las determinacio»nes; y siempre que tuviere lugar la instancia de revis»ta, pasarán los autos á la Escribanía de Cámara, y al »Relator, y se substanciarán en la forma que el Conse»jo acostumbra en las demas Salas, y sus respectivos ne»gocios de justicia."

32. Esta Real resolucion se publicó en el Consejo, y se mandó cumplir y expedir Real Cédula en 21. de Setiembre de 1783. En su primera parte reduce á las reglas del derecho comun las apelaciones, que van á la Sala de Provincia del Consejo, de las sentencias de los Alcaldes y Tenientes, haciendo suplicables las que diere en vista la misma Sala. Si por la calidad y naturaleza del juicio no recibiesen la súplica, dexa correr las disposicio-

nes

nes de las leyes, pues solo quiere dispensar la 20. *tit.* 4. *lib.* 2., removiendo el inconveniente que producia la primera sentencia de la Sala de Provincia, por haberla graduado en la clase y en los efectos de revista.

33. Si la sentencia del Consejo confirmare en todo la de primera instancia, se manda executar sin embargo de suplicacion. Esta calidad, que se manda imponer en las sentencias confirmatorias, no excluye enteramente la súplica; pues la dexa pendiente del arbitrio y resolucion de los Ministros que diéron la sentencia, arreglándose á las circunstancias que señala la misma Real Cédula: "de que »los pleytos sean muy graves y dudosos, ó en que las »nuevas pruebas, que puedan ofrecer las partes, hubieran »de variar las determinaciones." Este arbitrio indefinido que se permite á los Jueces para graduar *de graves y dudosos los pleytos*, en que deban dar licencia para suplicar, ofrecerá muchas disputas y recursos entre las partes, y obligará con el tiempo á que se exprese y señale el interés del pleyto, para que se tenga por grave, y reciba desde luego la súplica de la sentencia del Consejo.

34. La prueba de las dos proposiciones antecedentes se debe tomar de lo que acreditó la experiencia en otros casos iguales. La *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. permite suplicar segunda vez de la sentencia de revista de las Chancillerías, *si los tales pleytos fueren muy grandes, ó de cosa ardua*; y como esta indefinida y general expresion ponia en duda á los Jueces que debian admitir la segunda suplicacion, viéndose muchas veces en contradiccion para determinar la cantidad suficiente, para que tuviese lugar la segunda suplicacion, fué preciso para remover los inconvenientes y perjuicios que por largo tiempo se experimentáron, que los Señores Reyes Católicos declarasen en la *ley* 7. *del propio tit.* 20. *lib.* 4., que la cantidad y estimacion del pleyto debia ser como las 1500. doblas de cabeza, de que habla la dicha *ley* 1.

35. Igual efecto de contradiccion y perjuicios han su-

sufrido todas las causas, en que con respecto á sus términos se han confiado al arbitrio de los Jueces, viniendo por esta razon á ser necesario que las leyes lo señalen.

36. En la primera que se ha referido se manda: que el que ha de suplicar de la sentencia de revista pueda hacerlo dentro de 20. dias para ante S. M.; y como en esta segunda parte no señala término en que deba presentarse ante S. M., y proceda con la misma omision la *ley* 2. *siguiente*, fué preciso que en la 4. *del prop. tit. y lib.* se determinase y señalase el de 40. dias, para que dentro de ellos cumplan las partes con presentarse ante S. M.; y con el propio fin se ampliáron á 90. para las Audiencias de Canarias y Mallorca por la *ley* 16. *del referido tit.* 20. *lib.* 4.

37. El *auto acordado* 10. *tit.* 19. *lib.* 4. trata de la licencia para suplicar, quando las Audiencias y Chancillerías ponen á sus sentencias de vista la calidad de que se executen sin embargo de suplicacion; y refiriendo que ademas de pedirse la licencia en la misma Sala donde pasó el pleyto, precedia la visita de ceremonia y urbanidad á los Ministros que acordáron que se executase sin embargo, se quitó esta visita de urbanidad, y se mandó que no se hiciese ni admitiese por Real resolucion de S. M., motivada sobre consulta y representacion del Señor Conde de Aranda, de la qual se formó la Real Cédula de 28. de Junio de 1770., reduciendo las diligencias de la parte, que pide licencia para suplicar, á que lo haga en la misma Sala donde pende el pleyto; y vendria á ser ilusoria esta instancia, si la calidad que se impone á la sentencia, de que se execute sin embargo de suplicacion, la excluyera enteramente.

38. El efecto único que produce la insinuada calidad, de que se execute sin embargo, impuesta en la sentencia de vista, siendo conforme en un todo á la dada en primera instancia, consiste en que se execute, y que siga despues su justicia en la instancia de súplica.

39. Esta execucion se hace con la condicion de revo-

vocable, como la tiene la misma sentencia de vista, y revocándose esta por la de revista, se repone la execucion en todas sus partes. Con este conocimiento se ofrece la duda, de si á la execucion de la sentencia de vista y entrega de las cantidades ó bienes, en que fuere condenada la parte por las dos enunciadas sentencias, ha de preceder fianza de la otra, á cuyo favor están dadas dichas sentencias, obligándose á volver las cantidades y bienes que recibiese con sus intereses y frutos, en el caso de revocarse la sentencia de vista.

40. La citada Real Cédula de 21. de Setiembre de 1783. no previene que preceda, ni se dé fianza en la execucion de la sentencia de vista del Consejo, siendo conforme de toda conformidad con las dadas en primera instancia por los Alcaldes ó Tenientes; y teniendo la parte á su favor la letra de la misma ley, y la grande autoridad que forman las dos sentencias en prueba de su buen derecho, pretenderá que se le exônere de la obligacion de afianzar, que las mas veces es embarazosa y gravosa, por no hallar persona que quiera afianzar con bienes suficientes; y si algunas lo hacen, es á mucha costa de la parte, gratificando á los fiadores el riesgo á que exponen sus bienes.

41. Por otras consideraciones no ménos poderosas que las antecedentes, pretenderán los que han de entregar los bienes ó cantidades, en que fuéron condenados por las dos sentencias conformes, que se asegure su restitucion, con fincas suficientes, para el caso que se revoquen las sentencias por la de revista, á cuyo fin recordarán en justificacion de su intento las muchas leyes, que en casos semejantes mandan afianzar la restitucion de lo que reciben.

42. La *ley* 8. *tit.* 20. *lib.* 4. dispone y manda: "Que »dadas dos sentencias conformes sobre la posesion, no aya »lugar suplicacion con la fianza de las 1500. doblas, ni »otro recurso, ni remedio alguno, y que se executen, dando »primeramente aquel, en cuyo favor se dió la sentencia, »cau-

»caucion de fianzas suficientes ante los Jueces, que diéron »la segunda sentencia á su contentamiento, para que, si »fuere condenada la parte, en cuyo favor se executa, en »la causa de la propiedad, restituirá las cosas de que así »fuere fecha execucion, y le fueren entregadas.“

43. Si las dos sentencias conformes, de que habla esta ley, acaban el juicio posesorio, y sin embargo no dan seguridad en los bienes que recibe, queriendo precaver con las fianzas las resultas del juicio de propiedad, que es diverso del anterior, y que acaso no se intentará por la parte que perdió la posesion; ¿con qué razon podrá defenderse, que la sentencia de la Sala de Provincia, siendo conforme á la de primera instancia, se execute sin dar fianzas?

44. La *ley* 15. *del prop. tit. y lib.* dispone, que dos sentencias conformes de toda conformidad se executen, y aunque no sean de toda conformidad se executen en lo que fueren conformes, sin embargo de la dicha suplicacion, dando primeramente la parte, en cuyo favor se dieren, fianza á contentó de los Jueces de quien se suplicare, que si la sentencia de vista se revocare, volverá lo principal con los frutos á la otra parte.

45. Este es otro exemplar que nace de dos sentencias mas autorizadas, que se han dado por el Consejo, Chancillerías ó Audiencias en pleytos que empezáron en los mismos Tribunales, para que tenga lugar la segunda suplicacion; y sin embargo deben darse fianzas ántes de executarse dichas sentencias. Lo mismo se halla dispuesto, y para el propio caso, en la *ley* 6. *tit.* 24. *Part.* 3.

46. La sentencia de remate es dada en los juicios executivos sobre unas obligaciones y contratos, y compromisos, ó sentencias, ú otras escrituras, ó confesiones, ó conocimientos reconocidos, y que no se hayan debilitado en el término de la ley con excepciones probadas equivalentes, como se dispone en las *ley.* 1. 2. *y* 5. *tit.* 21. *lib.* 4.; y sin embargo debe dar fianzas la parte, á cuyo favor se diere la sentencia, de que volverá lo que recibie-

biere en pago si se revocare, segun y en la forma que se dispone en la *ley* 19., con referencia á la 2. *del prop. tit. y lib.*

47. Las sentencias arbitrarias se mandan executar, precedidas las fianzas que previene la *ley* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. Lo mismo sucede en los pareceres de los Contadores conformes, siendo confirmados con sentencia del Juez que de la causa conociere, como se manda en la *ley* 24. *del mism. tit. y lib.*

48. Siguiendo tan repetidas y autorizadas disposiciones en casos semejantes al de la citada Real Cédula de 21. de Setiembre de 1783., parecia que las sentencias de vista de la Sala de Provincia, siendo confirmatorias de toda conformidad de las del Juez inferior, se deberian executar sin embargo de suplicacion, precedidas las fianzas indicadas para el mismo fin que se expresa en las citadas leyes.

49. Aunque para executarse las sentencias de vista de la Sala de Provincia, se dice en la citada Real Cédula que deben ser conformes de toda conformidad, podrá tambien dudarse, si aunque no lo sean de toda conformidad, se executarán en lo que fuesen conformes, siguiendo lo dispuesto en la enunciada *ley* 11. *tit.* 20. *lib.* 4., y la razon en que se funda, reducida al axîoma: *Quod dicitur de toto quoad totum, dicitur de parte quoad partem.*

50. En la cláusula que limita la licencia para suplicar á los pleytos muy graves y dudosos, se contiene el caso siguiente: "O en que las nuevas pruebas, que pue»dan ofrecer las partes, hubieran de variar las determi»naciones." Esta disposicion puede verificarse en qualquiera pleyto, aunque no sea muy grave y dudoso, y así lo indica la disyuntiva con que se explica la Real Cédula; siendo suficiente, para que se admita la súplica, que las nuevas pruebas, que puedan ofrecer las partes, hubieran de variar las determinaciones.

51. Es cierto que las súplicas y las apelaciones se dirigen entre otros fines á enmendar los daños que expe-

rimentan las partes por su ignorancia y omision, como se expresa en la *ley 6. §. 1. Cod. de Appellationib.* y en la 4. *Cod. de Temporib. et repar. appellat.*; y de estos principios procede el axîoma: *Non allegata allegabo*; *et non probata probabo*: de que hacen memoria nuestras leyes, señaladamente la 4. *tit. 9. lib.* 4., admitiendo pruebas de testigos sobre hechos conducentes á la causa, no siendo unos mismos, ó derechamente contrarios á los que se propusiéron y probáron en la instancia anterior, para evitar el soborno de los testigos; y dexa libertad para presentar instrumentos, por no caer en ellos el recelo indicado.

52. Con mayor claridad se explicó en este punto la *ley 2. tit. 19. lib.* 4.; pues suponiendo que de la primera sentencia que diéron los Oidores en pleyto, que se empezó ante ellos, se puede suplicar, dice lo siguiente: *Que la parte pueda alegar lo que no alegó, y probar lo que no probó.*

53. En las enunciadas disposiciones pudo fundarse la citada Real resolucion, contenida en la Cédula de 21. de Setiembre de 1783.; y así inferia yo, que para admitirse la súplica por el título de que las nuevas pruebas, que puedan ofrecer las partes, hubieran de variar las determinaciones, es necesario que en el mismo escrito de súplica expongan los agravios de la sentencia de vista, y los hechos positivos en que los funden, ofreciéndose desde luego á probarlos con testigos ó instrumentos; y si hallasen los Jueces, que probados en la instancia de súplica harán variar las determinaciones, podrán admitirla; pero si no los probasen en bastante forma, deben condenar necesariamente en las costas á la parte que suplicó, como se manda en la *ley 27. tit. 23. Part. 3. ibi*: "É »si fallare que el juicio fué dado derechamente, dévelo »confirmar, é condenar á la parte que se alzó, en las »costas, que su contendor fizo, segun es costumbre de »nuestra Corte."

54. En las sentencias que da el Consejo en los pleytos, que vienen á Sala de Provincia, por apelacion de las que

que han dado los Alcaldes ó los Tenientes, se ha puesto la calidad de que se devuelvan, sin diferencia de que los Escribanos hayan hecho relacion de dichos pleytos, ó los hayan entregado los de Provincia á los de Cámara del Consejo; pues en todos estos casos, ya se confirme ó se revoque la sentencia de primera instancia, se expide la executoria por el mismo Juez, y por testimonio del Escribano, en cuyo oficio se empezáron los autos.

55. Esta práctica observada constantemente se autoriza en la *ley* 27. *tit.* 8. *lib.* 2., y en la razon de ser la sentencia del Consejo como la de revista, y hacer cosa juzgada, faltando solamente la execucion de ella, la qual se remite al Juez inferior.

56. Por la enunciada Real Cédula de 21. de Setiembre queda pendiente la sentencia del Consejo de la admision de la súplica, y parecia que no debia devolverse la causa hasta que se verificase si se suplicaba, y si se admitia ó despreciaba. Sin embargo entiendo que debe correr y adicionarse la sentencia primera del Consejo con la calidad de que se devuelvan los autos; pero el término, que se concediese para execucion y cumplimiento de dicha sentencia, no empezará á correr hasta que sea pasado el concedido para la súplica, ó que se declare no haber lugar á ella; pues si se admitiese, se suspende la execucion, ó se hace esta con calidad de revocable, segun la diferencia advertida, de que la sentencia del Consejo confirme ó revoque la del Juez inferior.

57. Estas son las principales observaciones que me ha parecido hacer sobre los artículos ó dudas que pueden excitarse en la citada Real Cédula. En ella no se hace memoria de las sentencias que dan las Salas de Corte en los autos, cuyo interes no excede de los 300∂. mrs., y deben correr con la misma graduacion, como si fueran de revista, y causar executoria, ya revoquen ó confirmen la de primera instancia, lo qual se observará inviolablemente entre tanto que se estime conveniente tomar algun nuevo temperamento en las sentencias de las

dos Salas de Corte, semejante al que se ha dado para la Sala de Provincia; pues quando por ser estos negocios de menor quantía, interese el Público en que se acaben con la primera sentencia de las Salas, siendo confirmatoria de la dada en primera instancia, es cosa dura que tenga el mismo efecto quando la revoca, y serviria de mucho consuelo á la parte agraviada poder suplicar de la sentencia, y que se acabase el pleyto con la de revista que diere la Sala.

CAPÍTULO VI.

Del remedio de adherirse á la apelacion y de sus efectos.

1. En las leyes antiguas de los Romanos fué desconocido este remedio de adherirse á la apelacion. Los que se consideraban agraviados por la sentencia de los Jueces apelaban de ella, para que el Superior la enmendase; y si no lo hacian, ó no seguian la apelacion en los términos señalados, se entendia que aprobaban y consentian las sentencias, y pasando en autoridad de cosa juzgada, acababan los pleytos, se executaban, y no podian las partes impugnar ni reclamar lo juzgado, á que habian prestado su aprobacion y consentimiento.

2. De este medio ordinario, en que está reputada la apelacion, de sus efectos, y de los que tiene la cosa juzgada, con lo demas que corresponde á esta materia, se trató de intento en los capítulos segundo y tercero de esta segunda parte.

3. El que no apela de la sentencia, aunque lo haga la parte contraria, la aprueba y ratifica, teniéndola por justa, y no puede venir contra su propio hecho, impugnándola en el Tribunal del Juez superior; pues ha de ir consiguiente en pedir su confirmacion, defendiéndola, y removiendo las contradicciones y embarazos, que se opongan por la contraria.

El

4. El Emperador Justiniano enmendó esta antigua legislacion, permitiendo á la parte que no apeló, que á conseqüencia de la apelacion contraria pueda pedir en el Tribunal superior, que se reforme la sentencia del inferior en la parte que la considere gravosa y perjudicial. Esta es la novedad que hizo Justiniano en la *ley 39. Cod. de Appellationib.*, cuyo literal contexto forma el asunto de este capítulo.

5. *Ampliorem providentiam* (dice) *subjectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes inveniunt, antiquam observationem emendamus, cum in appellationum auditoriis, is solus post sententiam judicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte quæ hoc non fecisset, sententiam sequi (qualiscunque fuisset) compellenda. Sancimus itaque: si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suæ proposuerit, habere licentiam, et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si præsto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri præsidium. Sin autem absens fuerit: nihilominus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere.*

6. Esta disposicion recibió toda la fuerza y autoridad de ley en el punto de su establecimiento y publicacion; pero la perdió con la decadencia del Imperio Romano, sin que desde entónces se pueda hacer uso de ella en la ordenacion y decision de los pleytos, por estar expresamente así declarado y prohibido desde las primeras leyes del Fuero Juzgo y por otras posteriores, como se reconoce en las *leyes* 8. *y* 9. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo*: en la 3, *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*: y en los *aut.* 1. *y* 3. *del prop. tit. y lib.*

7. Yo no he hallado alguna entre las del Reyno, que renueve, ni autorize en forma de ley la citada del Emperador Justiniano, ni la citan los Autores que tratan de intento de su inteligencia; y careciendo de este influxo y efectos, quedará reducida á una sentencia de sabios, como se explica el citado *aut.* 1. *tit.* 1. *lib.* 2., y la *ley* 3. *del prop. tit. y lib.*, y servirá únicamente de ilustrar los co-

conocimientos de la justicia, y de observarse en quanto se ayude por la razon y autoridad del derecho natural.

8. Con estas luces se deben mirar las opiniones de los Autores, que han exâminado difusamente la materia de la enunciada *ley 39. Cod. de Appellationib.*, como lo hiciéron Baldo y Bártulo en la exposicion á la misma ley. Don Joseph Suarez de Figueroa *en su tratado de Jure adhærend.* Giurb. *deciss.* 30. *n.* 24. Salgad. *de Reg. part.* 3. *cap.* 16. *n.* 65. Aceved. *á la ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *n.* 62. Scac. *de Appellat. q.* 17. *limit.* 1. *n.* 50. *y* 51.; y *en la limit.* 21. Lancelot. *de Attentat. p.* 2. *cap.* 12. *ampliat.* 12. con otros muchos que estos refieren.

9. Como la enunciada ley habla en general de la nueva gracia concedida á los que no apelan, para que puedan mejorar su suerte en el juicio de apelacion, pidiendo que se reforme la sentencia en la parte que les haya sido perjudicial, y este uso no sea adaptable á todas las sentencias, es necesario explicar la ley, y señalar los términos en que pueda tener lugar.

10. Si el juicio, y la sentencia que es dada sobre él, contiene un solo artículo, en el qual obtiene sentencia favorable alguna de las partes, y la vencida apela de ella, el vencedor satisface todos sus oficios, pidiendo la confirmacion, en nada se opone, ni podia oponerse á lo juzgado, por ser enteramente á su favor; y este medio reducido á la sencilla y natural defensa de la sentencia, á cuyo fin remueve las contradicciones y embarazos que pone la parte apelante, procede de la antigua legislacion, sin necesidad de aprovecharse de la ampliacion, ó nueva gracia concedida por el Emperador Justiniano en la citada *ley 39. Cod. de Appellationib.*: porque no es necesario recurrir á los medios de gracia extraordinarios ó subsidiarios, quando los comunes y de justicia proveen cumplidamente de oportuno remedio.

11. Quando los capítulos de la sentencia tienen relacion y conexîon precisa por el órden y dependencia respectiva, aunque sean muchos, forman uno solo, y corre

re en ellos la regla establecida en el anterior: porque la apelacion de la parte, que fué vencida, traslada al Juez superior el conocimiento de toda la causa y de la sentencia; y pidiendo la otra parte su confirmacion, logra por este medio ordinario todo su deseo, sin necesidad de recurrir á la nueva gracia y providencia, que se introduxo á favor de aquellos que necesitasen que se reformase la sentencia en alguna parte que les era perjudicial, y no podian solicitarlo ni lograrlo en la instancia de apelacion, por no haberla interpuesto, sino se auxîliaban de la que interpuso la parte contraria; que es en lo que consiste la nueva gracia ó beneficio que les concedió Justiniano.

12. Reduciendo á este último caso su providencia, y exâminando la razon en que se funda, y la utilidad pública que produzca (que son los dos principios de que debe estar acompañada la opinion de los Autores, en cuya clase queda la citada *ley 39.*, segun se ha demostrado), parecia que faltaban enteramente las causas de su justificacion y utilidad, y que debia cesar la providencia indicada, siguiéndose lo establecido en las leyes antiguas que la precediéron, porque en ellas se favorece á los diligentes, que usan de apelacion para enmendar el agravio que conciben en la sentencia. Pero los que no se consideran perjudicados, ó se abandonan á la inaccion de no apelar del agravio, abusan y desprecian el favor de la ley, y no deben aprovecharse de otro algun auxîlio extraordinario, recurriendo á la misma ley.

13. La omision de no apelar induce una aprobacion y consentimiento de lo juzgado; y parece cosa indigna y torpe impugnar y reclamar sus propios hechos, diciendo que la sentencia es injusta y perjudicial en alguna parte.

14. La misma aprobacion y consentimiento, que induce el hecho de no apelar en tiempo, es tan eficaz y poderoso, que lleva la sentencia á cosa juzgada, y se procede á su execucion, acabándose el pleyto en la parte en que no es apelable la sentencia, que es el fin de tanta

uti-

utilidad pública, en que se interesan todos los derechos; y no es justo que contra estas intenciones mude la suya la parte que no apeló, renovando el pleyto en la instancia de apelacion, en quanto se opone á lo juzgado y pide su enmienda.

15. La apelacion, que se interpone por alguna de las partes, es esencialmente limitada al gravamen que siente y motiva; pues en lo que no lo concibe, ni lo hay, no procede la apelacion, y falta todo su fundamento; y aunque se quiera extender por la misma parte, que apela, á los capítulos en que la sentencia le es favorable, no estaria en su arbitrio hacerlo, ni en el del Juez recibirla, debiendo despreciarla como frívola y calumniosa contra los fines de su institucion; viniendo á deducirse de estos principios la regla, de que solamente se devuelve al Juez superior la parte de la sentencia que se apeló, quedando la restante, quando es diversa, acabada con la autoridad de cosa juzgada, en lo qual se interesa desde aquel punto el derecho del que litiga, á cuyo favor fué dada la sentencia, y no debe ser despojado de él por la mutacion posterior de voluntad, que haga la contraria en la instancia de apelacion.

16. Aunque los fundamentos expuestos inclinan poderosamente el juicio á la opinion antecedente, concurren otros mas superiores en que se debe mantener la citada disposicion y ampliacion de la *ley 39. Cod. de Appellationib.*

17. Porque la parte, que no apela de la sentencia en algun artículo que la perjudica, se acerca mas al espíritu de las leyes, que desean la brevedad y fenecimiento de los pleytos; pues en quanto á sí toca, ha contribuido á que se logren estos fines con el hecho y deliberacion de no apelar, tomando á mejor partido sufrir el daño, que le causa la sentencia, que el perjuicio de continuar el pleyto, y el que padeceria la causa pública con los mayores gastos y dilaciones, molestando á los Jueces y Tribunales superiores.

La

18. La apelacion de la parte contraria dexa frustradas las intenciones de la que por aquellos justos respetos no apeló; pues la obliga á seguir la causa, á carecer de su tranquilidad y sosiego, y á emplearse en otros negocios de interes particular y público; y no es justo quedase engañada y expuesta á perder lo favorable que habia logrado en la sentencia, y no poder mejorar en lo que habia sido perjudicial; viniendo á ser en este caso de mejor condicion la parte que con su apelacion dió fomento á la dilacion del pleyto, que la que intentaba fenecerle, aunque fuese á costa del gravamen que le irrogaba la sentencia.

19. El hecho de no apelar induce una aprobacion presuntiva de la sentencia, ya sea porque no la considera gravosa, ó por acomodarse á sufrir el perjuicio que le irrogue, por no experimentar otros mayores en la continuacion del pleyto. Quando se adhiere á la apelacion contraria, explica su voluntad, y declara que el no haber apelado de la sentencia, no fué porque no la concibiese gravosa, sino por la segunda causa indicada, de querer lograr su tranquilidad, y redimirse de otros gastos mayores, acabando el pleyto con aquella sentencia; pero que faltando esta condicion ínsita y natural, y el recomendable objeto de sus intenciones, no debia tener lugar su consentimiento tácito y presuntivo, y sí ponerse en libertad para gozar del justo auxîlio que para este caso da la ley, sin que se entienda que impugna y contradice lo que una vez aprobó y consintió: porque no fué consentimiento absoluto y expresivo, ni determinado á reconocer en la sentencia su justicia; y variándose estas circunstancias, no es adaptable la disposicion de las leyes, que obligan á estar y pasar por lo que una vez se aprobó y consintió; ántes bien la variacion de circunstancias y la mutacion de las causas ponen el negocio en caso muy diverso, y puede con libertad usar de los auxîlios que no ha renunciado.

20. Si en el caso propuesto de ser la sentencia en

parte favorable, y en parte adversa, sobre los capítulos diversos, no fuese recíproca la esperanza de mejorar su justicia en la instancia de apelacion, quando alguna de ellas la interpusiese, se prepararian todas las partes con la apelacion respectiva al capítulo que fuese contrario en la sentencia, para no quedar expuesta á que, apelando alguna de ellas, trasladase al Superior el conocimiento limitado al artículo de su apelacion, quedando el de las otras partes executoriado por la autoridad de cosa juzgada, sufriendo en estas circunstancias los gastos y molestias del juicio de apelacion, con riesgo de perder lo que habia ganado en la sentencia anterior, y sin esperanza de mejorar su justicia en lo que por ella le habia sido perjudicial; y produciria este medio, en que se repetian las apelaciones, mayor dilacion en las causas, comprometiéndose las partes en seguirlas, por la desconfianza que cada una tendria, de que con la apelacion de la otra, si no usaba de la suya tambien en tiempo oportuno, quedase destituida del auxîlio de la mejora de su derecho en la parte que no le habia sido favorable, concluyéndose por todas estas reflexîones, que es mas ventajoso el auxîlio que dispensó el Emperador Justiniano en la citada *ley 39. Cod. de Appellat.*

21. El no apelar de la sentencia en alguna parte, que no le sea favorable, no induce positivo desprecio del beneficio y auxîlio de la ley; pues como son dos los que franquea para lograr el mismo fin de su natural defensa: Uno que consiste en la apelacion propia, y otro en adherirse á la que interponga la contraria, reserva usar de este último, como mas acomodado á la brevedad y fenecimiento de los pleytos, y á manifestar la intencion de acabarlos, aun á costa del gravamen que concibe en la sentencia, y pretende despues probar en el juicio de apelacion.

22. En este, y en todas las instancias, es muy recomendable la igualdad y equidad entre las partes; y estas y el Juez deben buscar, como único objeto de sus intencio-

ciones, la verdad y la justicia por los hechos del proceso, sin embarazarse en la solemnidad y substancia del órden de los mismos juicios, como se encarga y repite en la *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.*; y en la *Autént. Qui semel. Cod. Quomodo, et quando Judex sententiam proferre debeat*: ibi: *Judex auditis allegationibus præsentis, et perquisita veritate, pronunciet*, y en otras muchas que se han referido en estos Apuntamientos. Y hallando el Juez de apelacion la verdad y justicia, y que no está atendida por el inferior en su sentencia, no debe tolerar que corra la iniquidad, y toca inmediatamente á su oficio enmendarla y reformarla á qualquiera insinuacion de la parte, supliendo lo que haya faltado en la solemnidad ó substancia del órden judicial, como se explica en la citada *ley* 10., y se contiene al propio intento en la 39. *Cod. de Appellat.*; pues distinguiendo las partes que están presentes y las ausentes, concluye con respecto á estas: *Sin autem absens fuerit: nihilominus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere.*

23. Lo mismo se dispone en la *ley* 10. *Cod. Quando provocare non est necesse.* El caso de esta ley se reduce, á que habiendo sido favorable á una parte la sentencia en todo lo principal, que fué deducido en el juicio, no condenó el Juez al vencido en las costas y perjuicios; y habiendo apelado de esta sentencia la parte que fué condenada en lo principal, no apeló la otra en quanto omitió la condenacion de costas y daños; y sin embargo de no haber usado de este medio ordinario de la apelacion, dice la ley, que si los Jueces entienden y conocen que debe ser condenada la parte que apeló en las costas de la primera instancia, deben hacerlo, ibi: *Si perspexerint adjuvandum esse victorem sumptuum perceptione, etiam sine provocatione ejus, hoc statuentibus; et justam eorundem sumptuum quantitatem definientibus.*

24. La opinion y doctrina que va referida, acerca del caso en que la sentencia contenga capítulos diversos y separados, logra su confirmacion en una parte por los

Autores que tratáron de esta materia; pero se oponen en otra, como se observa en sus mismas opiniones.

25. Suponen el mismo caso de que los capítulos de la sentencia sean separados y diversos: que en unos sea favorable, y en otros contraria respectivamente á las partes: que una de ellas apele, y no lo haga la otra; y en estos términos distinguen dos fórmulas. Una, si la parte que recibió agravio en uno ó mas capítulos, y en otros obtuvo favorable sentencia, apela de ella sencillamente sin restriccion, ni moderacion alguna; y entónces dicen los referidos Autores, que esta apelacion indefinida devuelve al Juez superior el conocimiento de todos los capítulos separados, así los que fuéron contrarios al apelante, como los favorables, y que puede el apelado, aunque no haya interpuesto apelacion de los que le fuéron adversos en la sentencia, usar del remedio subsidiario de adherirse á la apelacion contraria, y pedir que se confirme en lo favorable, y revoque en lo perjudicial, debiendo el Juez hacerlo así, si hallase fundada su pretension en justicia.

26. Así se explican en este artículo con uniforme dictamen los referidos Autores. Scac. *de Appellat. q.* 10. *art.* 2. *n.* 8. ibi: *Secus si una pars appellat simpliciter à sententia: quia tunc, quamvis sententia contineat plura capitula separata, tamen appellatio simpliciter interposita devolvit in omnibus; et ideo altera pars non potest appellare: quia superflue appellaret. Et hæc est communis opinio, à qua non discedas.*

27. Lo propio dice en la *qüestion* 17. *limit.* 2. *númer.* 100. ibi: *Quia illa simplex appellatio defertur ad omnia capitula, quamtumvis separata; ideoque devolvit totum negotium; et consequenter appellatus superflue interponeret eandem appellationem: quia jam prima appellatio partis adversæ devolvit totum negotium.*

28. Del mismo modo se explica este Autor en la citada *qüestion* 17. *limit.* 21. *n.* 12., concluyendo con referencia á otros Autores, que la parte apelada puede adhe-

herirse á la apelacion simple, y mejorar su justicia en los capítulos separados que le fuéron gravosos en la sentencia.

29. La contraria opinion funda y explica en los referidos lugares, quando se apela con limitacion y restriccion á los capítulos que fueren contrarios en la sentencia, consintiendo los favorables; en cuyos términos asegura, que si la otra parte no apelase de los capítulos separados, que le son gravosos en la misma sentencia, no podrá adherirse á la apelacion contraria, para solicitar se mejoren y repongan. Esta es la explicacion literal que hace en la citada *q.* 10. *art.* 2. *n.* 7. *y* 8. y en la 17. *limit.* 2. *n.* 100. *vers. Secus est*; y en la *limit.* 21. *n.* 12. *in fin.*

30. Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 15. *desde el n.* 1. propone en los mismos términos la qüestion; y resuelve que la apelacion limitada á los artículos perjudiciales no devuelve todo el negocio al Superior, concluyendo al *núm.* 21. por una conseqüencia en su dictamen necesaria, que el apelado no puede adherirse á la apelacion en los capítulos separados que le son gravosos; y recomienda para este intento la práctica de apelar con restriccion y limitacion de la sentencia, en quanto á los capítulos que sean perjudiciales, consintiendo los favorables: que la parte contraria no apele en tiempo, y que despues quiera valerse de aquella apelacion limitada para suspender el todo de la sentencia, y que se tenga por atentado y violento lo que se obrase en su execucion; pues reunidas estas circunstancias no da entrada al apelado para adherirse á la apelacion contraria, en quanto á los capítulos de que no apeló.

31. Don Joseph Suarez de Figueroa *en su tratado de Jure adhærendi cap.* 49. establece igual opinion; y todos la toman de Baldo, quien exponiendo la citada *ley* 39. *Cod. de Appellat.* pregunta, si tendrá lugar siendo los capítulos separados, y responde que no: ibi: *Sed quid si diversa sunt capitula, numquid habet locum hæc lex? Respondeo, non: quia separatorum nulla est conjunctio.*

Con-

32. Consideradas con sólida reflexîon las razones en que intentan fundar su opinion los Autores que se han referido, y otros muchos que sin discernimiento la siguen, no hallo en ellas aquella fuerza de convencimiento que obligue á acceder á su partido; ántes bien me parecen mas débiles que las que van propuestas al principio de este capítulo en confirmacion de la genuina y clara inteligencia de la enunciada *ley* 39. *Cod. de Appellat.*; y se ampliarán ahora en mayor convencimiento de la enunciada opinion contraria.

33. La disposicion de la ley es indefinida y general, sin restriccion ni limitacion alguna de que los capítulos de la sentencia sean, ó no diversos; y así en la distincion que hacen los referidos Autores, restringen las palabras de la ley, que deben entenderse llanamente, así como ellas suenan, y en su propia y natural significacion: como se dispone en las *leyes* 13. *tit.* 1. *Part.* 1., y 5. *titul.* 33. *Part.* 7.

34. Interpretan y declaran la enunciada ley para traerla á su pensamiento; y en estos dos medios proceden contra aquellos principios que dictan, que no se debe distinguir, quando la ley no distingue, ni declarar ó interpretar sus palabras, quando sean dudosas: porque esta facultad es privativa del Autor de la misma ley, como se ordena en la 14. *tit.* 1. *Part.* 1.

35. La diferencia que hay entre la opinion que forman los referidos Autores, y la que yo propongo, consiste en que no convenimos en un principio esencial, reducido á que ellos entienden que la parte apelada solo puede oponerse á la sentencia, pidiendo se reforme en lo que no la sea favorable, si se adhiriere á la apelacion de contrario interpuesta; y como estiman que esta adhesion es como un accidente que se ha de proporcionar y medir por la principal apelacion, limitando los efectos de ella á ciertos capítulos, es consiguiente, en el dictamen de dichos Autores, que la adhesion, como accesoria, no tenga mas extension que la apelacion.

Yo

36. Yo entiendo que la disposicion de la citada *ley 39. Cod. de Appellat.* concede al apelado una facultad independiente y libre para usar de ella, oponerse á lo juzgado, y solicitar su enmienda en lo que le haya sido gravoso, con una sola condicion, reducida á que la parte contraria haya apelado, proponiendo las causas de su apelacion, la qual sirve para excitar y poner en movimiento el derecho de la parte que no apeló, dirigiéndolo entónces á los fines que explica la misma ley, sin ligarlo á los capítulos de la apelacion contraria, sino extendiéndolo á todo lo que se disputó en el juicio, aunque haya sido en capítulos separados, y procedentes de hechos y causas diversas.

37. La letra en lo dispositivo de esta ley se debe repetir aquí, para llevarla á la vista: *Sancimus itaque: si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suæ proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si præsto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri præsidium. Sin autem absens fuerit, nihilominus Judicem per suum vigorem, ejus partes adimplère.*

38. En esta ley concede el Emperador Justiniano de propio movimiento un beneficio general; y con solo este respecto debia entenderse en qualquiera duda con la mayor extension posible á favor de los agraciados. Este beneficio es de tal naturaleza, que formando desde su orígen una regla de ley universal, no se dirige á restringir el derecho comun, si no á dilatarlo y ampliarlo, protegiendo y favoreciendo la equidad y la justicia de los oprimidos, como se manifiesta en el principio de la citada *ley* 39. ibi: *Ampliorem providentiam subjectis conferentes*; y estos son otros respectos, que hacen muy recomendable aquella disposicion.

39. Por ella se concedió un remedio subsidiario equivalente al ordinario de la apelacion, queriendo hacer igual al que apeló de la sentencia en lo que le era perjudicial, y al que por justas causas no apeló de ella en la parte que le era gravosa; y como este no podia mejo-

jorar su derecho segun las constituciones antiguas, quedó habilitado por esta última para que lo promoviese; y esta correspondencia entre la apelacion y el remedio ó auxîlio, que presta aquella ley, debe producir igualdad en las partes.

40. Demuéstrase mas esta verdad, consideradas aquellas palabras, que dirige la ley á la parte que no apeló: ibi: *Habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit*: y concluye: *Et judiciale mereri præsidium*; pues las primeras ofrecen una libertad ó licencia indefinida, para oponerse á lo juzgado, que no pueden admitir fácilmente restricciones en el uso de su derecho; y en las últimas se manifiesta el buen acogimiento que deben tener estas partes en el Juez: ibi: *Et judiciale mereri præsidium.*

41. Y para no dexar duda en esta inteligencia, excita la ley todo el oficio del Juez á dispensar al que estuviese ausente los derechos que le correspondan, supliendo sus defensas. *Sin autem absens fuerit, nihilominus Judicem per suum vigorem ejus partes adimplere.*

42. Los principales fundamentos, que exponen los Autores citados para sostener su opinion, se reducen á limitar el derecho y defensa de la parte que no apeló, á que solo pueda hacerla por un medio accesorio á la apelacion de la otra parte; y es de observar, que en la referida *ley 39. Cod. de Appellationib.* no se distingue, ni se restringe la licencia y facultad de oponerse á lo juzgado al medio de *adherirse* á la apelacion contraria, ni hay tal palabra de *adherirse*, ni otra equivalente para significar, que la parte apelada haya de seguir los límites de la que apeló, sin poder llevar por sí al juicio del Superior todos sus derechos, que se produxéron y determináron ante el Juez inferior.

43. Pues si en la ley no hay tal voz de *adherirse* á la apelacion: ¿por qué se aseguran tanto en ella para deducir sus conseqüencias? ¿No es visto que fué buscada por los mismos Autores para significar con propiedad la inteli-

ligencia de la enunciada disposicion, y que debe acomodarse á ella?

44 Permítase el uso de la voz *adherirse*; pero no debe tolerarse que se reciba y entienda con impropiedad. Porque *adherirse*, segun el Diccionario de la Lengua Castellana, compuesto por la Real Academia Española, es *unirse, arrimarse ó llegarse al partido ó dictamen de otro*: y esto es lo que con propiedad se verifica en el caso de la citada *ley 39. Cod. de Appellationib.*; pues el que apeló intenta que el Juez superior alze y levante el gravamen, que concibe haberle irrogado el inferior en su sentencia. El que no apeló, y usa del remedio subsidiario de la enunciada *ley 39.*, solicita que el mismo Juez supelior alze y quite el gravamen que le causó el inferior en su sentencia, conviniendo los dos en el intento y en el pensamiento de mejorar sus derechos: porque no es de esperar, ni podia acomodarse, que el que se adhiere á la apelacion contraria solicite todo el favor de esta, en perjuicio de la misma parte que se adhiere. En estos términos se explica oportunamente Don Joseph Suarez de Figueroa *en su tratado de Jure adhærendi cap. 3. desde el num.* 8.

45. Ya dexaba dicho en el número anterior del propio capítulo, que entre los muchos Autores que habia reconocido, no habia hallado definicion formal que explicase la esencia y partes de la *adhesion*, y procede á definirla en los términos siguientes: *Adhæsio est subsidiarium remedium ratione appellationis omissæ, quo idem, ac per appellationem, ei adhærens consequitur*: concluyendo al fin, que el que apela y el que se adhiere son de una misma condicion, como si hubieran apelado los dos.

46. Confirmase esta proposicion por los mismos Autores que establecen la opinion contraria con la distincion que se ha referido, de apelar indefinidamente de una sentencia que contiene capítulos separados, ó apelar señaladamente de lo perjudicial, y consentir en lo favorable; pues en la primera fórmula vá embebida la restriccion

de la apelacion de los capítulos gravosos, porque no tiene lugar en lo que no hay agravio; y como no hay diferencia entre la restriccion expresa y la tácita, debe tener igual efecto la adhesion en uno y otro caso.

47. Queda pues fundado por los medios y observaciones indicadas, que todos los que litigan en qualquiera instancia, si se sienten agraviados en alguna parte de la sentencia, de que no apeláron en el término de la ley, pueden adherirse á la apelacion que interponga la contraria; y resultan al mismo tiempo demostrados los favorables efectos, que por este medio subsidiario concedió por via de regla y ley el Emperador Justiniano en la citada *ley 39. Cod. de Appellationib.*, que son las partes que se propusiéron en este capítulo. En el siguiente se tratará del tiempo en que deben usar del enunciado remedio subsidiario, y del modo con que se deben proponer.

CAPÍTULO VII.

Del tiempo en que la parte que litiga debe adherirse á la apelacion contraria.

1. Dixe en el capítulo próxîmo no haber encontrado ley alguna entre las del Reyno que permita adherirse á la apelacion; y es consiguiente que no haya alguna que trate de señalar término para el uso de este derecho. Y siendo por otra parte conveniente y necesario determinarlo, así para que sepan los que litigan quando deben usar de este beneficio, como para no dar lugar á que abusando de él, le conviertan en daño de la causa pública, dilatando con malicia los pleytos contra la intencion de las leyes, que tanto recomiendan su brevedad, he creido indispensable declarar en este capítulo un punto, que no tengo por de poco momento.

Con respecto á estos dos importantes fines se demostrará por razon, por autoridad y por el uso constante de los Tribunales el tiempo preciso, en que deben usar del

del auxîlio y remedio subsidiario de adherirse á la apelacion contraria.

3. La *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *Recop.* señala cinco dias para que en ellos aquel que se tuviere por agraviado pueda apelar, contados desde el en que fuere dada la sentencia, ó recibió el agravio, y llegare á su noticia: "y si »así no lo ficiere, que dende en adelante la sentencia, »ó mandamiento quede firme."

4. Este término es comun á todos los que litigan, y qualquiera puede consumirle en deliberar y elegir si ha de usar de la apelacion, ó aprobar la sentencia. Si la interponen todos, no tiene lugar el remedio subsidiario: si lo hacen algunos al fin del término, faltará necesariamente al que quiera adherirse, y seria irrisorio y ridículo para este fin. Ademas de que qualquiera momento, que le quedase para adherirse á la apelacion contraria, podia aprovecharle para interponer la suya; y teniendo en su mano este medio ordinario y principal, que llena mas cumplidamente la intencion de los que se tienen por agraviados, no permiten en estos casos las leyes que recurran á medios extraordinarios.

5. El de adherirse á la apelacion contraria fué concedido á los que no apelan, por la justa causa que se ha insinuado en el capítulo próxîmo, de querer acabar los pleytos, aunque sea á costa del daño que les irroga la sentencia, compensándole con las ventajas que aseguran en no litigar; y solo en el caso de no poder lograr este importante fin, y que le obligue la parte contraria con el uso de su apelacion, á que siga el pleyto contra sus intenciones, llegó el momento en que puede usar del remedio subsidiario en propia defensa de todos sus derechos; y como la apelacion sola no le pone en la necesidad de seguir la instancia, falta la causa que excite el exercicio del auxîlio extraordinario de adherirse á ella.

6. El que apela debe presentarse al Superior con el testimonio de la apelacion, que dispone la *ley* 10. *tit.* 18. *lib.* 4., en el término que le señalare el Juez que dió la sen-

sentencia, ó en el que dispone la *ley 2. del prop. tit. y lib.* Es tambien de su cargo mejorar la apelacion, llevando el proceso al Superior, y emplazando á las partes con los términos que le señalare el Juez de apelacion, ó los que están determinados por las leyes; y en qualquiera de estos trámites que desista el apelante de su intencion, queda la sentencia firme y acabado el pleyto, como se ha fundado en los capítulos segundo y tercero de esta segunda parte, y viene á lograr la parte que no apeló todos sus deseos; convenciéndose por todo, que la apelacion forma una instancia incoada, que se vá perfeccionando con los trámites sucesivos, hasta llegar al emplazamiento de los interesados; y este es el punto en que por necesidad han de continuar el pleyto, y pueden usar en su defensa de los auxîlios que les conceden las leyes, siendo uno de ellos el de adherirse á la apelacion contraria, para pedir que se reforme lo juzgado en los artículos que le sean gravosos y perjudiciales.

7. Queda al parecer bien demostrado con las razones expuestas, que los cinco dias que se conceden para apelar, ó extinguir con su curso el uso de este remedio, no corren al que quiera adherirse á la apelacion contraria, ni pierde este auxîlio, aunque no use de él dentro de ellos; y que el primer punto en que puede empezar el término para adherirse es el último dia del emplazamiento.

8. Estas dos partes se prueban tambien por autoridad, considerando en primer lugar la que presenta la citada *ley 39. Cod. de Appellationib.* En su primera parte trata de los Tribunales superiores que conocen de las causas, que vienen á ellos por apelacion, y pueden enmendar la sentencia del Juez inferior; lo qual hacian únicamente á instancia y en favor del que apelaba.

9. En la segunda parte, que es la dispositiva del remedio subsidiario de adherirse á la apelacion, sigue el mismo propósito, y permite su uso quando el apelante viniese á aquel juicio, y propusiese las causas de su apela-

lacion; y como estos dos pasos que deben preceder, y son propios del apelante, los debe dar en el Tribunal de la apelacion, que puede conocer de la causa, exâminar las que haya propuesto para justificar su apelacion, y enmendar la sentencia, empieza entónces la licencia que se concede á la contraria, para que pueda oponerse á lo juzgado, que es el medio subsidiario de adherirse á la apelacion. *Sancimus itaque: si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suæ proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si præsto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri præsidium.*

10. Con los mismos respectos se encarga á los Jueces superiores de apelacion, que quando viniesen á ellos las causas en que se haya omitido por el inferior la condenacion de costas y daños, estén muy atentos á enmendar en esta parte la sentencia á favor del vencedor, aunque no apelase de ella. Esto es lo que dispone la *ley* 10. *Cod. Quando provocare non est necesse*; conviniendo una y otra para sus respectivos casos, en que estos auxîlios tienen su exercicio y sus efectos en los Tribunales de apelacion, quando el que apela ha llevado á ellos los autos, ha mejorado su instancia, y ha emplazado para ella á la parte que no apeló.

11. La apelacion, que se interpone de juicio acabado, debe ser recibida por el Juez, sin esperar, ni ser necesario que la parte exprese los agravios, ni las causas de su apelacion, bastando que se tenga por agraviado, como se dispone en las *leyes* 2. 13. 14. 18. *y* 22. *tit.* 23. *Part.* 3., y en las *leyes* 1. *y* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *Recop.*, referidas al propio intento en el capítulo tercero de esta parte segunda; y debiendo empezar el remedio subsidiario de adherirse á la apelacion, despues de haber propuesto la otra parte las causas de su apelacion, se hace mas evidente corresponder uno y otro al Tribunal del Juez superior.

12. Don Joseph Suarez de Figueroa, *en su referido tra-*

tratado al cap. 7., funda plenamente que el derecho de adherirse á la apelacion no está limitado al tiempo en que debe interponerse la apelacion. Y en el *cap.* 8. *siguiente* demuestra por las razones indicadas, que puede y debe hacerlo el interesado ante el Juez superior, en el primer escrito que presente, respondiendo y contestando á la pretension del apelante, concluyendo con esta opinion al num. 52.; y la confirma Pedro Gregor. *Syntagm. jur. part.* 3. *lib.* 50. *cap.* 2. *n.* 41. *ibi*: *Communior tamen est sententia, ut sufficiat adhærere coram Judice, ad quem provocatum est, ut adhæsio habeat vim ratihabitionis.*

13. Traidos los autos á expensas del apelante al Tribunal del Juez superior, los toma, y propone los agravios que ha concebido en la sentencia del Juez inferior, y las causas en que intenta justificarlos para que se enmienden.

14. De este escrito se dá traslado á la parte que no apeló, y respondiendo á él, se adhiere á dicha apelacion, pretendiendo que la sentencia se confirme en los capítulos que expresa, y le fuéron favorables, y que se estime y declare por nula, de ningun valor, ni efecto, ó revoque como injusta en las partes que le fué perjudicial, señalándolas, con ampliacion á la condenacion de costas, omitida en la sentencia, y á las que se causaren en la instancia de apelacion.

15. Esta es la forma que observan las partes por uso y práctica comun de los Tribunales; y por ellas se confirma ser este el tiempo preciso en que se debe usar del derecho y facultad de adherirse á la apelacion contraria, y oponerse en su conseqüencia á lo juzgado en la parte en que lo considere gravoso, pidiendo se enmiende y reponga, declarándola á su favor, segun y como lo pretende y solicita.

16. Si en este tiempo, que es el de la respuesta y contestacion á la pretension del apelante, reduxese la suya á que se confirme la sentencia sin oponerse á ella en parte alguna, extingue el derecho de adherirse, y todos

dos sus efectos; pues se entiende que lo renuncia, y que aprueba la sentencia enteramente, sin que pueda despues variar su pensamiento.

17. Por todo lo expuesto se concluye, que la razon, la autoridad y el uso constante de los Tribunales han señalado el referido término para adherirse á la apelacion contraria; y que pasado sin executarlo, excluye el derecho de adherirse, así como el señalado para apelar extingue este auxîlio comun, y pasa la sentencia en autoridad de cosa juzgada.

CAPÍTULO VIII.

De los terceros opositores.

1. De los terceros opositores tratáron en general y con diversos respectos muchos Autores. El Señor Covarrubias *en los capítulos* 13. 14. 15. *y* 16. *de sus Prácticas.* Salgado *de Regia part.* 4. *cap.* 8. *n.* 17. Cancer. *Variar. part.* 2. *cap.* 16. Scacia *de Appellationib. q.* 5. *n.* 71. *y* 73. *q.* 12. *n.* 69. *y q.* 17. *limit.* 6. *memb.* 4. *n.* 41. Lancelotto *de Attentat. part.* 2. *cap.* 12. Suarez de Figueroa *de Jur. adhærend. cap.* 9. Paz *tom.* 1. *part.* 4. *cap.* 4. y otros muchos.

2. Las dilatadas exposiciones, que sobre esta materia hacen los referidos Autores, con poco adelantamiento de unos á otros, traen dos daños muy notables á la causa pública. Consiste el uno en el mucho tiempo que se ocupa en leer tan largas y copiosas disertaciones, para recoger un corto número de proposiciones, que por repetidas y dispersas por diversos modos en casos particulares, dexan poco segura y permanente la memoria de ellas, y se pierde con facilidad, sin que se pueda hacer uso oportuno de sus resoluciones y doctrinas en los negocios que ocurren en los Tribunales.

3. El segundo daño nace de la obscuridad y confusion, que observan y notan los mismos Autores citados.

El

El Señor Covarrubias, *en el referido cap.* 13. *de sus Prácticas n.* 4., dice: *Cæterum ut hæc materia, quæ satis difficilem habet resolutionem, et practicis est admodum obvia, rectius examinetur.* Salgado *de Reg. part.* 4. *cap.* 8. *n.* 56. *ibi*: *His sic generaliter cognitis, ut ad speciales, et practicabiles casus deveniamus, cum altius requiratur examen, ut clarius elucescant, quæ apud Doctores satis confusa reperiuntur, in quatuor examinandas distinctas resolutiones dividam.* Y al n. 59. repite: *Ad quas quidem resolutiones reducere poteris varias et dispersas Doctorum doctrinas, quæ nimiam aliter confusionem pariunt: et etiam doctos solent confusos reddere, et intrincare.* Carcer. *Variar. dict. cap.* 16. *n.* 5. propone la qüestion de si el tercero, que se opone al pleyto, debe tomar la causa en el estado en que se halla? Y ántes de resolverla dice: *Istam quæstionem non satis aperte à Doctoribus (judicio meo) declaratam, sic resolvo,* Scacia *de appellationib. q.* 17. *limitat.* 6. *memb.* 4. *n.* 46. *vers. Verum, ibi*: *Quia materia hujus extensionis est difficilis, et in judiciis admodum frequens, et tamen à Doctoribus non est, prout deberet, bene digesta; nam est de materia cap.* 17. *Cum super de senten. et re judicat. ubi* Abb. *sub n.* 1. *scribit*: *Illam decretalem semper sibi visam fuisse difficilem, tum propter ipsius difficilem materiam, tum propter intricatum modum tradendi ipsam per Commentatores: ideo operæ prætium me facturum existimavi, si pro mea tenui facultate nitar aliquid scribere ad tollendam obscuritatem, et intricationem, qua nostrates hac in re loquuti videntur: et quo facilius id consequar, procedam per subextensiones, declarationes, et restrictiones.* Suarez *de Jur. adhærendi cap.* 1. *n.* 9. *ibi*: *Ad hujus quæstionis exactam diligentiam, propter Doctorum confusionem, qui variè loquuntur, scire oportet.*

4. Si todos los referidos Autores reconocen y confiesan la obscuridad, confusion é intrincacion con que halláron escrita esta materia; y siendo su objeto ponerla en la debida claridad, no lo han conseguido, ¿en qué podré yo fundar la esperanza de que tenga mejor suerte la brevedad y claridad en este Apuntamiento práctico? Sin embar-

bargo propondré algunos medios, que me parecen nuevos y oportunos, para reducir toda esta materia á reglas mas sencillas, de que pueda hacerse uso en los casos que ocurran.

5. El actor y el reo, demandador y demandado son dos partes esenciales de un juicio. Si viene á él otro litigante, compone el número de tres, y recibe con propiedad el nombre de tercero. El que se nombra, ya sea en calidad de perito, ó de Juez para decidir la discordia, ó para mediar en el ajuste ó convenio entre dos, se distingue igualmente con el nombre de tercero; y del mismo modo se usa en el axîoma lógico y matemático: *Quæ sunt eadem uni tertio, sunt eadem inter se.*

6. Añádese al nombre de tercero el de opositor: porque la pretension del que viene al juicio se ha de oponer necesariamente á la del actor, ó á la del reo, y á veces á las dos. En el primer caso se llama tercero opositor coadyuvante, y en el segundo excluyente. De uno y otro trataré separadamente, por la notable diferencia que observo entre los dos en el intento de adherirse á la apelacion, que es el primitivo de este discurso, y en los demas efectos generales de asistir y venir al pleyto, cuyo exâmen servirá de preliminar necesario á la inteligencia y claridad de toda esta materia.

7. El que viene al juicio pendiente, y contestado entre otros, debe motivar y fundar su pretension en interes propio; pues si no le tuviese, ó le alegase á lo ménos, aunque quiera asistir y coadyuvar la instancia de alguno de los dos que litigan, no será admitido al juicio, y se repelerá inmediatamente su intento á instancia de las partes, ó por oficio del Juez, con las excepciones: *Sine actione agis*: *Tua non interest*: *Quoad enim ad eum pertinet, liberas ædes habeo.* Todas estas son excepciones anómalas, que usan los litigantes con freqüencia para no contestar las demandas, ó lo hacen en el progreso de la causa para elidir la pretension del actor. En el primer caso tienen estas excepciones el concepto de dilatorias, y en el

segundo de perentorias; y producen su correspondiente efecto en ámbos, como lo aseguran todos los Autores, señaladamente Salgad. *de Reg. part.* 2. *cap.* 8. *n.* 90. *y siguientes.* Carlev. *de Judiciis tit.* 2. *q.* 5. *n.* 26. *y* 27. ibi: *Inter exceptiones anomalas enumerari exceptionem solutionis, acceptilationis, præscriptionis, tua non interest, et si quæ sunt aliæ, quæ significant actionem actori non competere, vel sine actione agere, vel quod idem est, perempta actione agere.* Gutier. *Practicar. lib.* 2. *quæst.* 22. *num.* 17. comprueba estas proposiciones como un principio legal con la *ley* 1. *ff. de Appellationib. recipiend.*: *ley* 2. §. 1. *ff. Quando appellandum sit*; cuya disposicion se repite en el *Canon* 3. *caus.* 2. *qüest.* 6.; y con la misma esencia de la accion, que consiste en lo que se debe ó pertenece; y faltando estos dos objetos no puede haber accion, ni se hallaria que pedir.

8. El interes, en que se funda el tercero opositor para venir al juicio, debe ser positivo y cierto en su exîstencia, aunque el exercicio para recobrarle esté pendiente de algun plazo, que necesariamente haya de venir; pues la contingencia de que no naciese, ó se hiciese ilusoria la accion, sin llegar al efecto de lo que se pretende en juicio, impediria igualmente su entrada y contestacion, para no caer en la conseqüencia que tanto resisten las leyes, de que las providencias judiciales queden ilusorias, conviniendo todas por esta razon en que no se admita, ni forme juicio sobre los derechos futuros, como se expresa en la *ley* 26. *tit.* 4. *Part.* 3. y en la 11. §. *último ff. de Receptis qui arbit.*, y observó Molin. *de Primogen. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 10., de lo que traté mas largamente en el *cap.* 2. *part.* 2. *n.* 8.

9. Aunque el interes, en que deben fundarse los terceros opositores para venir y ser recibidos al juicio pendiente, puede nacer de diversas causas, (cuyo particular exâmen seria embarazoso, dilatado y confuso) conviene reducirle por regla general á quatro clases principales.

10. La primera es de aquellos terceros que tienen una mis-

misma accion *in solidum*, ó la propia defensa, que con anticipacion han producido las partes que litigan. La segunda de los que tienen su accion independiente y separada de la que han promovido las partes en el juicio pendiente, aunque la de estos y la del tercero procedan de una misma causa y orígen. En la tercera clase estarán los que tienen accion ó derecho de segundo órden, y quieren venir al juicio entablado ya por aquellos, á quienes toca en primer lugar el uso de la accion y defensa, que quieren coadyuvar por su propio interes los terceros opositores; y en la quarta se comprehenderán los que, teniendo el primer lugar en el uso de la accion, ó de la defensa de lo que se disputa en el juicio, quieren venir al que han promovido los interesados de segundo órden, ya lo hagan con noticia de los primeros, ó sin ella.

11. Los que están obligados *in solidum* á dar ó pagar á otro alguna cosa ó cantidad, pueden ser demandados cada uno de ellos separadamente por el todo de la deuda á eleccion del acreedor; y en estas circunstancias puede venir á coadyuvar la pretension y defensa del reo que litiga el otro correo, por el interes propio que asegura en la libertad del que estaba litigando: porque la sentencia, que contra este se diere, haciéndola efectiva en sus bienes, perjudicará al otro obligado *in solidum*, aunque no haya litigado en la parte ó porcion que le corresponda, y procederá contra él el que la haya pagado, ya sea en uso de las acciones que le ceda el acreedor, ó por el oficio del Juez.

12. Estas son las disposiciones que por equidad y por justicia han acordado las leyes, siguiéndolas uniformemente todos los Autores, señaladamente la *ley* 20. *tít. tul.* 22. *Part.* 3.

13. En el modo y forma de contraerlas para que se entiendan *in solidum*, y en los respectivos efectos de su exâccion se han introducido por las leyes algunas variaciones.

14. Las antiguas de los Romanos no exîgian palabras determinadas ni específicas, que manifestasen la intencion de quererse obligar *in solidum*, teniendo por bastante para este efecto qualquiera otro medio equivalente, ya usando de la distributiva, ó ya de la alternativa. Y de qualquiera de estos modos que se celebrasen los contratos, podia el acreedor executar las obligaciones contra alguno de los reos, y tambien estaba en su arbitrio hacerlo á prorata de cada uno de ellos.

15. Esto es lo que en las dos partes enunciadas disponen las *ley. 3. y 4. ff. de Duob. reis constituend.*, y explicó con solidez y claridad Vinnio sobre el *texto preliminar del título de Duobus reis stipulandi, et promittendi n. 2. vers. Illud tenendum est*; y en el §. 1. *siguiente n.* 1.

16. La *Novela 99. en su* §. 1., de donde se formó la *Auténtica Hoc ita. Cod. de Duob. reis.*, introduxéron dos especiales novedades. Una reducida á que no se entendiese contraida la obligacion *in solidum* por ningun modo ni forma, á no ser que expresamente dixesen los contrayentes que querian obligarse *in solidum*. Otra, que aun en estos términos no fuese executiva la exâccion de todo lo prometido contra uno de los correos, siempre que usase de la excepcion de que solo pagase á prorata, y que procediese el acreedor por la parte restante contra el otro obligado, *salvo* que alguno de ellos fuese *insolvente*, ó se hallase ausente.

17. La primera nueva disposicion pudo tener por objeto muy suficiente y digno el evitar las dudas y disputas que fácilmente podian excitarse sobre la inteligencia de las palabras, queriendo los reos reducirlas á una obligacion sencilla é individua en su orígen, y los actores extenderla á que fuese *in solidum*; y estando en la potestad y arbitrio de los contrayentes dar la ley clara á sus convenciones, no era justo quedasen en obscuridad, debiendo interpretarse en qualquiera duda á favor de los reos por la obligacion simple, y contra el acreedor que la deseaba *in solidum*.

La

18. La segunda parte se funda en dos principios de equidad; pues el acreedor puede exîgir y recobrar todo su interes de los dos correos, demandándolos al mismo tiempo, y en un propio juicio, sin que alguno de ellos tenga el quebranto de pagar por entero, y repetir despues del otro lo que á prorata le corresponde.

19. Las referidas variaciones en las dos partes insinuadas se hallan admitidas y autorizadas por las leyes del Reyno. En la 1. *tit.* 16. *lib.* 5. *de la Recop.* se dispone: "Que si dos personas se obligaren simplemente por con»trato, ó en otra manera alguna para hacer, y cumplir »alguna cosa, que por este mismo hecho se entiendan »ser obligados cada uno por la mitad." Lo mismo se halla dispuesto por la *ley* 8. *tit.* 12. *Part.* 5.; y de una y otra se manifiesta, que el medio de obligarse unidamente dos ó mas personas no induce el gravámen de que se entienda cada una obligada por el todo, sino en aquella parte que le corresponda, como si literalmente la hubiesen señalado.

20. Para quitar toda duda en esta inteligencia se explicáron las citadas dos leyes con la restriccion de que solamente se entendiese cada uno obligado por el todo, quando lo expresasen en sus convenciones.

21. Pero si estos obligados *in solidum* renunciasen en el mismo contrato el beneficio de la division, queriendo que el acreedor pueda exîgir de cada uno el todo de la deuda, entónces no podrán usar de este auxîlio, porque resultaria en daño del acreedor, y se caeria en el inconveniente de abrigar el dolo y mala fé de los que vienen contra su propio hecho.

22. Por el resumen de esta materia se demuestra, que qualquiera de los obligados *in solidum* puede venir al juicio pendiente con el otro, porque en todos los casos referidos tiene interes propio para coadyuvar la defensa, y oponerse á la instancia del acreedor.

(a) 23. Los tutores, quando son dos ó mas, reciben su autoridad y obligacion individua á cuidar y responder

de

Gutiennes en su Tratado de Tutelis l. 1. cap. 15. exâmina muy bien el punto, estableciendo [illegible] la Regla gral de la obligacion in solidum de los tutores, y despues las excepciones que tiene ~~de los tutores, y despues las excepciones q. tiene~~.

de la persona del pupilo y de sus bienes, en todos los perjuicios que le resultasen por dolo, culpa lata ó leve de los mismos tutores, que deben prestar aquella diligencia, que harian para conservar y aumentar sus propios bienes.

24. De esta uniforme obligacion de los tutores, que empieza en su nombramiento, y se perfecciona con la aceptacion y discernimiento de su cargo, no se exôneran, aunque por sus convenciones distribuyan entre sí la administracion de los bienes del pupilo, y aunque los encarguen á uno solo; pues quedan los demas igualmente responsables, y no se disminuye la accion *in solidum*, que compete al menor contra qualquiera de ellos, viniendo á ser unos correos de deber, obligados *in solidum* por la convencion tácita, que incluye el nombramiento, aceptacion y discernimiento de su cargo.

25. Las dos proposiciones referidas tienen su comprobacion literal en las leyes y en los Autores. La 1. §. 10. *y siguientes ff. de Tutel., et rationib. distrahend.*: la 55. *de Administrat. et periculo tutor.*: la 2. *Cod. de Dividen. tutel. in fin.* ibi: *Si vero ipsi inter se res administrationis diviserunt: non prohibetur adolescens unum ex his in solidum convenire; ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat.* La 21. *ff. de Tutelis, et rationib. distrahend.*: la 2. *Cod. de Heredib. tutor.*: la 12. *Rem pupilli salvam fore.* Olea *tit.* 5. *q.* 7. Salgad. *Labyrint. part.* 2. *capit.* 12. Gutierr. *de Tutel. p.* 1. *cap.* 15.

26. Así como las leyes y Autores citados reconocen en los pupilos una accion *in solidum* contra qualquiera de sus tutores, para pedir y recobrar, acabada la tutela, los daños que hayan padecido sus bienes por dolo, ó culpa de los tutores, conceden igualmente á estos los competentes auxîlios de equidad, con que puedan templar el rigor de la justicia sin agravio de los menores.

27. Pueden usar por via de excepcion del beneficio del órden, obligando al menor á que demande en primer lugar al tutor que administró los bienes de la tu-

te-

tela, y no empezar por el que por convencion de los mismos tutores no se mezcló en ella.

28. Tambien les compete el de la division, por el que logra el tutor, que ha sido demandado *in solidum* por el menor, que comprehenda tambien á los otros que igualmente administráron, siendo solventes; pues conseguirá por este medio recobrar todo su interes á prorata de los tutores.

29. Puede tambien el tutor demandado *in solidum* pedir al menor al principio del pleyto, y ántes de hacerle el pago, que le ceda sus acciones contra los otros tutores; y deberá hacerlo, ó en su defecto será removido de su demanda con la excepcion de dolo. Y si el tutor demandado *in solidum* no usase por su órden, y en los casos y tiempos oportunos de los beneficios explicados, aun le quedará el auxîlio de recurrir al Juez, usando de las acciones útiles, para que compela á los otros tutores á que le reintegren de lo que pagó en la parte que á cada uno corresponda: porque no permite la equidad con que debe ir templada la justicia, que siendo una misma la obligacion de los tutores, y la causa de que procede, fuese desigual el efecto, sufriendo uno solo el daño, y gozando los demas de la impunidad de su culpa.

30. Todas estas quatro excepciones confirman la regla, de que la obligacion en su orígen y causa es individua, y la accion del menor *in solidum*; y que usando de ella contra qualquiera de los tutores, pueden los demas, aunque no sean citados, venir al juicio por su propio interes, que es bien notorio en los dos casos contenidos en esta primera clase; pues viniendo al juicio en tiempo oportuno (como se dirá) tienen los terceros opositores su defensa con el litigante que coadyuvan, y pueden hacerla baxo de un Procurador y escrito; y quando las partes no se conviniesen en esta union, lo manda el Tribunal, atendiendo á la brevedad de los pleytos, excusándose por este medio de muchos gastos, no solo los que coadyuvan, si no tambien la parte contraria; y esto

to es un interes privado y público.

31. Tambien lo es anticipar sus defensas ántes de las sentencias; pues si llegasen á causar executoria contra la parte que litiga, se imposibilitaria ó dificultaria mas la defensa de los correos, cuya obligacion nace del mismo orígen y causa; y aunque las sentencias no tomasen este último grado de autoridad, siempre dan bastante probabilidad á favor de la justicia, y con ella debilitan el concepto del derecho de la parte contraria, y el de los coadyuvantes que vienen despues de ella. Y por estas consideraciones, y otras que son bien obvias, no puede dudarse que los correos de deber, en cuya clase vienen á estar tambien los tutores, tienen derecho propio para venir al juicio que se ha contestado por alguno de sus socios, que fué demandado.

32. Los herederos suceden por iguales partes en los bienes y derechos de la herencia, salvo si el testador dispusiese otra cosa. La ley hace está division por su ministerio, siguiendo siempre en ella la voluntad del difunto: porque si la explicó señalando partes diversas, la hace guardar y cumplir: si fuéron iguales, las lleva tambien á debida execucion; y quando no las señala, se entiende, que quiere que sucedan por iguales partes.

33. Estas son unas proposiciones, que forman principios ciertos en la Jurisprudencia, porque están autorizadas por repetidas leyes de todos tiempos; y de estas causas nacen dos efectos igualmente ciertos y uniformes. Uno, que aunque el orígen del derecho de los herederos es uno, representan separadamente la persona del difunto en sus derechos activos y pasivos, y se estiman como diversas para todos los efectos de esta sucesion.

34. El segundo es conseqüencia del antecedente, y consiste en que cada heredero solo puede ser demandado por el acreedor del difunto, á prorata de aquella porcion de herencia que ha recibido; y la sentencia que se diere contra uno de los herederos, no hace cosa juzgada con los otros, y entra la regla de que *res inter alios acta aliis non nocet.*

Por

35. Por el contrario el heredero no puede demandar al deudor del difunto, sino á prorata de la porcion que recibe de la herencia, y procede de la misma regla en quanto á que la sentencia, que es dada contra el deudor, no aprovecha á los coherederos, ni la que absuelve al deudor les perjudica.

36. Las dos proposiciones antecedentes se hallan declaradas y autorizadas expresamente en la *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3. En su principio establece la regla: Que el juicio que fuere dado contra alguno no empece á otro; y limitándola en el progreso en varios casos, refiere entre ellos: que si alguno de los herederos de algun deudor fuere demandado en juicio, y se diere sentencia contra él, no perjudica á los otros herederos del mismo deudor, aunque fuese dada sabiéndolo ellos, y no contradiciendolo.

37. Lo mismo dispone la ley en el caso opuesto, de que un heredero del acreedor demandase al deudor del difunto, y fuese vencido el actor; pues no perjudica esta sentencia á los otros herederos, en quanto á la parte que les cabia en aquella deuda por razon de los bienes del difunto.

38. Á la tercera clase de terceros coadyuvantes, que tienen interes y accion de segundo órden, corresponden los inmediatos sucesores á los mayorazgos, y los herederos que son substituidos: porque los juicios empiezan, se continúan y acaban con los actuales poseedores de los mayorazgos, y con los herederos instituidos como principales en el órden y en el derecho que se disputa, sin necesidad de citar á los de segundo órden, que tienen un interés mas remoto. Esta es una proposicion autorizada por las leyes y fundamentos que refiere Molin. *de Primogen. lib.* 4. *cap.* 8. *desde el n.* 3., incluyendo entre otros Autores al Señor Covarrubias *en el cap.* 13. *de sus Prácticas n.* 6. De la misma opinion es Anton. Gomez *sobre la ley* 40. *de Toro n.* 73.

39. Pero si estos de segundo órden quisiesen venir

al juicio con los del primero, pueden hacerlo, como lo aseguran los referidos Autores: porque tienen el propio interés que los legatarios, de hacer mas vigorosa y á ménos costa su defensa, precaviendo el perjuicio, que no podrian reparar despues de executoriada la instancia con los principales.

40. La quarta clase de los terceros opositores, que pueden venir al juicio, se manifiesta en los casos siguientes. El comprador adquiere el dominio de los bienes que se le venden, quando le tenia el vendedor, y faltándole recibe solamente la posesion libre y desembarazada de todo detentador, que es lo que basta para la legitimidad de este contrato, sirviendo al comprador la misma posesion, con la buena fe de los contrayentes, de fundamento para adquirir con el tiempo señalado en las usucapciones el dominio, que no se le habia trasladado por el principal título de compra y venta.

41. Este es un supuesto de regla y de ley, al que se añade otro igualmente seguro, reducido á que quando alguno pretende el dominio de los bienes comprehende en su demanda dos partes: Una que se declare su pertenencia, y otra que se le restituyan con los frutos pendientes y vencidos. La primera parte sirve como un preliminar, ó medio para llegar al fin que intenta, y la que es segunda en la execucion, y cumplimiento de su instancia, es la primera y mas principal en la intencion del actor. Por estos principios la debe dirigir contra los que están en posesion de los bienes, porque son los que únicamente pueden cumplir lo que desea el demandante, restituyéndole los bienes con los frutos que hubiesen percibido. Así se dispone en la *ley 29. tit. 2. part. 3. ibi*: "Tenencia, ó señorío, queriendo demandar un »ome á otro en juicio, en razon de alguna cosa, de»vela pedir á aquel que la fallare." Lo mismo se dispone en la *ley 25. ff. de Obligat. et Actionib.* y en la *36. ff. de Rei vindicat.*, exponiéndolas, como unos principios que gobiernan seguramente en esta materia, Vinnio

nio *al* §. 1. *Vers.* 16. *y* 17. *de Actionib.*

42. Constando por estos antecedentes, que el comprador es la parte principal en el juicio de reivindicacion, si lo dirigiese contra el vendedor, ya sea porque ignorase la venta que habia hecho, y le considerase en posesion de los bienes, ó porque entendiese con error, que vencido el vendedor caducaba en su orígen el derecho del comprador, la sentencia que se diere en este juicio sin noticia del mismo comprador, no le perjudicaria; pero si la tuviese cierta y segura de aquel juicio, y permitiese su seguimiento con el vendedor, le perjudicaria la sentencia, porque se estima, que por su consentimiento tácito hace al vendedor Procurador y defensor suyo. Estas son las disposiciones, que en las dos partes insinuadas contiene la *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3. Pero en los dos casos referidos puede salir al juicio por su propio derecho, coadyuvando la pretension del vendedor.

43. Si el acreedor recibe á empeño, y por prenda para seguridad de su crédito, algunos bienes del deudor, no solo adquiere un derecho real con los efectos de preferencia en sus casos, sino tambien en la posesion de los mismos bienes, que se le entregan por el referido título de empeño ó prenda. Así se dispone en la *ley* 14. *tit.* 13. *Part.* 5.: en la 35. §. 1. *ff. de Pignoratit. action. ibi*: *Pignus, manente propietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem. Ley* 40. *eod.*, y *ley* 16. *ff. de Usucap.*

44. Por consequiencia de las doctrinas referidas, si alguno, titulándose dueño de los bienes que se han dado en prenda, intentase recobrarlos, usando de la accion real vindicatoria, debe introducir su demanda contra el acreedor que tiene la posesion, siendo este la parte principal, á quien corresponde en primer órden la defensa de su derecho. Pero si el actor se desviase de esta regla, y demandase al deudor que habia empeñado los bienes, la sentencia que se diere en este juicio no perjudicará al acreedor, salvo que con noticia del pleyto consintiese que el deudor le continuase, que es la excepcion misma fun-

dada en las propias razones que se han explicado en el caso del comprador, verificándose igualmente en este el derecho y facultad de venir al juicio en calidad de tercero coadyuvante del deudor, que lo habia empezado y seguido, que es el segundo caso correspondiente á la quarta clase propuesta de los que, siendo principales en el órden y defensa de su derecho procedente de los que litigan, pueden venir al juicio empezado. Así lo dispone la citada *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3., y la 63. *ff. de Re judicat.*, de las que traté mas particularmente en el capítulo 12. part. 1., con motivo de la doctrina, que en su oposicion expone el Señor Covarrubias al *cap.* 13. *de sus Prácticas n.* 7.

45. *Los* terceros opositores excluyentes forman la segunda parte en este capítulo; y convienen con los coadyuvantes en el nombre de llamarse terceros, en el de ser opositores, y en que necesitan proponer ó excepcionar interes ó derecho propio para ser recibidos al juicio.

46. Pero se diferencian esencialmente en que la pretension del tercero excluyente es incompatible con las que han producido los otros litigantes, y es independiente de sus respectivos derechos.

47. Para conocer esta clase de terceros opositores, usa el Señor Covarrubias en el *cap.* 14. *de sus Prácticas n.* 4. de un exemplo por mas freqüente en los Tribunales, reducido á que pretendiendo el actor se declare á su favor el dominio de los bienes, de que tiene posesion otro, condenándole á su restitucion con los frutos, viene á este juicio pendiente otra parte con igual pretension de dominio y restitucion, excluyendo necesariamente la intencion de los dos que litigan; pues como el dominio de las cosas no puede estar á un mismo tiempo en dos personas, se intentan excluir los litigantes, porque cada uno solicita ser dueño *in solidum* de los bienes que pretenden recobrar.

48. En la misma clase de terceros opositores excluyentes deben considerarse los que vengan al juicio pendien-

diente, que tenga igual incompatibilidad, aunque el derecho que se propone sea dirigido á la posesion de los bienes, ó á la preferencia en ellos, y en el pago de los créditos personales; pues aunque sea cierto, y confiesen las partes la legitimidad de sus respectivos créditos, si se intenta hacer el pago á uno de ellos, ó lo solicita en el juicio pendiente, puede venir á él qualquiera otro acreedor, excluyendo la preferencia del que la solicitaba; y con razon se ha de tener por tercero excluyente.

49. Del tiempo y estado de las causas en que pueden venir los terceros opositores, ya sean coadyuvantes ó excluyentes, y del progreso que deben tener sus instancias, se vá á tratar en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO IX.

Del tiempo en que pueden venir al pleyto los terceros coadyuvantes.

1. El tercero coadyuvante se reputa por una misma persona con el principal que litiga; su intencion y espíritu es uno mismo, y se reunen por todos respectos las tres identidades de persona, de accion y de causa, que forman su continencia.

2. Con estas expresiones se explican los Autores, conviniendo todos en la seguridad de la proposicion antecedente. Suarez de Figueroa *de Jur. adhærend. cap.* 15. *n.* 15. *ibi*: *Idem est spiritus tertii coadjuvantis, eademque intentio, et eadem persona reputatur cum principali: et ideo utriusque jus idem considerandum est.* Menoch. *consil.* 488. *n.* 4. *et* 5. supone la continencia de la causa entre el principal y el tercero, y dá la razon, ibi: *Quia est eadem, et de eodem statu, et eadem sententia difiniri debet*; y lo mismo repite en el *cons.* 421. *n.* 66. Guzman *de Eviction. q.* 6. *n.* 1. *ibi*: *Quia venditor est quasi procurator emptoris, imo una est emptoris, et venditoris persona.* Larrea *allegat.* 79. *n.* 20. *Et pro una, et eadem persona cum principali censeatur, quemad-*

mo-

modum si idem tertius judicium, et causam inciperet. Hermosil. á la *ley* 33. *tit.* 5. *Part.* 5. *glos.* 1. 2. 3. *n.* 5. *et* 7. *Nam una est, et eadem persona emptoris, et venditoris.* Y lo mismo repiten todos los Autores que tratan de la materia, que son en número asombroso, y hacen muy largas y prolixas disertaciones y discursos.

3. De la proposicion antecedente se deducen unas conseqüencias naturales y sencillas, que ponen en suma claridad las reglas, con que deben gobernarse las instancias y pretensiones de los terceros coadyuvantes. La primera es, que puede salir á la causa en qualquiera estado en que se halle pendiente, ya sea en primera instancia, ó en las ulteriores, hasta que se haya causado executoria, y tambien puede hacerlo en la execucion de la cosa juzgada.

4. La segunda, que si estuviere ya acabado el juicio con el principal que litigaba, no puede verificarse que el tercero sea coadyuvante. La tercera, que no puede suspenderse el curso de la causa pendiente, retroceder, alegar, ni probar lo que por ser pasado el término señalado al principal, ó por qualquier otro motivo le estuviese prohibido al que litigaba.

5. Los casos y exemplos manifestarán esta verdad; pues si viniese al juicio el tercero, pendiente el término de prueba, podrá hacer por sí la que estime conveniente, por testigos ó instrumentos, aunque el principal tenga ya hecha la suya. Pero si hubiese pasado el término, y estuviese hecha publicacion, no tendrá facultad el tercero para alegar, ni probar en aquella instancia, y solo podrá executarlo en la segunda, arreglándose en todo á lo que dispone la *ley* 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *Recop.*; sucediendo lo mismo en quanto á la presentacion de instrumentos, segun disponen las leyes con respecto á los principales que litigan, remitiéndome en quanto á su inteligencia y observancia á lo que con mas extension expuse y fundé en los capítulos ocho y nueve de la primera parte.

6. Si estuviese ya dada la sentencia quando sale el ter-

ce-

cero, puede interponer por sí apelacion de ella, haciéndolo dentro de los cinco dias que señalan las leyes, que se han referido con su propia inteligencia en el capítulo segundo de esta segunda parte; y si el principal, á quien coadyuva el tercero, hubiese apelado en el término prescripto, puede hacerlo tambien por sí propio el coadyuvante, ó adherirse á la apelacion interpuesta por su principal, ó á la que hubiese introducido la parte contraria, advirtiendo que para usar de este remedio, y adherirse á la apelacion de alguno de los litigantes, no está reducido al término de los cinco dias, y puede hacerlo despues por todo el tiempo que pendiese aquella apelacion, y no se hubiese separado de ella el que la interpuso, ó dexado desierta, segun y en la forma que se explicó esta materia en el capítulo séptimo de esta segunda parte.

7. Quando el tercero no viene al pleyto en el estado que se ha referido, y si en la segunda ó tercera instancia, la sentencia que se diere contra el principal, causa el mismo efecto con el coadyuvante, como si hubiese empezado y continuado el juicio, verificándose que la que es segunda ó tercera sentencia para el principal, lo es tambien para el coadyuvante.

8. Últimamente puede salir el tercero en la via executiva, ya proceda de cosa juzgada, ó de instrumento público, y oponer las excepciones modificativas, y usar de los recursos de nulidad ó exceso, segun lo podria hacer el principal litigante. Si éste se apartase de la causa despues que el tercero empezó á coadyuvarla, no le puede impedir su progreso y continuacion, por el propio interes en que la funda: porque es compatible que para empezarla penda de la exîstencia de la accion, ó defensa intentada por el principal, y no tenga igual dependencia en su conservacion, como se ha demostrado en el capit. antecedente.

9. Todo lo que se ha referido por reglas y principios de esta materia es comun á los terceros coadyuvantes, ya lo sean de segundo órden ó de primero, ó de aquellos que tienen igual derecho independiente en su causa y en

en sus efectos; pues aunque estos no están expuestos á sufrir perjuicio considerable en la sentencia que se dicre contra el que litigaba, por el mismo hecho de venir á coadyuvarle en el propio juicio, se ofreciéron y sujetáron á todas las leyes, que están dadas para los terceros de esta clase, y que tomáron este medio por mas á propósito para mejorar y justificar su accion y defensa, con el auxîlio del que litigaba, y á ménos costa que si lo hiciera en juicio separado, que es de lo que se ha tratado con particular discusion en el capítulo octavo dela parte segunda, entendiéndose que renuncia el derecho que tenia para litigar separadamente.

10. Este es el resumen de las prolixas, confusas y dilatadas exposiciones, que forman los Autores acerca de este artículo, fundándose principalmente en la *ley* 15. *tit.* 10. *lib.* 2. *Recop.* En su primera parte dispone lo conveniente acerca de las recusaciones, que puede hacer el principal que litiga, prueba de las causas en que la funda, con lo demas que refiere; y tratando despues del tercero opositor dice lo siguiente: "Y asimismo declaramos, »que quando algun tercero opositor, que fuere en al»gun pleyto, que uviere venido á él á coadyuvar al »principal, tome el pleyto en el estado que lo hallare; »y no pueda recusar, sino en el caso, ó casos que el »principal puede recusar, conforme á las leyes, y no en »otra manera."

12. Fúndanse tambien en el *cap.* 2. *Ut lite pend. in sext.* ibi: *Sane si ad deffensionem ipsius litis, aliqui quorum intererit, petierint se admitti; eos in illo statu, in quo ipsam invenerint, decernimus admittendos.* Y en la *ley* 2. *ff. Quando appellandum sit.*

12. Siguiendo con uniformidad estas disposiciones, reducen con la misma los Autores su opinion, á que los terceros coadyuvantes no pueden variar el estado en que hallan el pleyto quando vienen á él. Esto es lo que dicen el Señor Covarrubias *cap.* 13. *de sus Práctic.* Larrea *alleg.* 79., con todos los demas que refieren.

Por

13. Por algunos pasages, que exponen los mismos Autores con obscuridad, y sin aquella exâctitud correspondiente á los casos en que han venido, ó pueden venir al pleyto los terceros coadyuvantes, parece que se comprometen con las reglas indicadas; y es preciso poner en claridad sus opiniones.

14. El Señor Covarrubias en el citado *cap.* 13. al principio establece la regla, de que el tercero que quiere proseguir ó defender la causa empezada por otro litigante, solo puede ser admitido en el estado en que puede el principal continuarla. No distingue este sabio Autor especie alguna de terceros coadyuvantes, y por su generalidad se entienden comprehendidos todos los que vengan al pleyto con el fin de coadyuvar y defender la causa del principal por su propio interes.

15. En el *núm.* 1. empieza á probar la enunciada regla, y refiere dos exemplos: Uno del vendedor respecto del pleyto pendiente con el comprador, el otro de los legatarios en el suscitado contra el heredero escrito; y como estos dos exemplos se adaptan á los terceros que tienen derecho de segundo órden, y estarán necesariamente por la sentencia que se diere contra los principales, ya tuviesen noticia del pleyto, ó lo ignorasen, podrian de aquí tomar ocasion algunos para entender, que la regla general, que dexaba sentada en el principio de este capítulo, se limitaba á los exemplos referidos.

16. En el mismo *n.* 1. *vers. Primum*, supone tambien, que este tercero coadyuvante puede alegar y probar quanto conduzca á la defensa del principal, haciéndolo dentro de los términos concedidos por el Juez, ó por la ley al mismo principal: ibi: *Ex his colligitur hunc tertium oppositorem posse in hac defensione allegare, et probare omnia, quæ principalis nec allegavit, nec probavit, si ea sint ad causæ defensionem conducibilia*; siendo de notar que la expresion *hunc tertium* suena como una nueva restriccion á los dos casos que dexaba referidos. Y al fin concluye con la siguiente limitacion: *Etenim nemo ex his dubitabit, hunc*

opinionem veram esse, quoties tertius hic oppositor vult allegare, et probare intra diem à Judice, vel à jure datum principali, ad allegandum, et probandum.

17. En este último pasage vuelve á repetir las palabras *Tertius hic*, que dicen positiva referencia á los dos casos próxîmos del vendedor y de los legatarios.

18. En el núm. 2. excita la duda, si este tercero opositor podrá alegar, probar y producir testigos en el pleyto despues de la publicacion, esto es, en aquel tiempo en que el reo principal no podia hacerlo, habiendo hasta entónces ignorado este tercero, que estuviese pendiente el pleyto con el principal, y que este hubiese presentado sus testigos.

19. En prueba de la opinion afirmativa refiere á Bártulo y otros con sus fundamentos. Por la contraria cita á Inocencio y otros, cuya opinion admite por mas probable y recibida constantemente en los Tribunales supremos; y para satisfacer á los fundamentos de la opinion de Bártulo y de los que le siguen, hace uso de los dos mismos casos del vendedor y de los legatarios; pareciendo por esta continuada explicacion, que quiere restringir la regla, de que el tercero coadyuvante tome la causa en el estado en que la halle, sin deber ser admitido á probar fuera del término en que puede hacerlo el principal, á solos los terceros de segundo órden, como lo son el vendedor y el legatario.

20. Bien conoció el Señor Covarrubias, que de estos pasages tomarian algunos motivo para inferir, que su opinion se reducia á los terceros defensores, á quienes, aun ignorando la causa pendiente, les perjudicaba todo lo obrado con los principales litigantes; y así se explicó, proponiéndose este mismo argumento en el *cap.* 14. *n.* 3. ibi: *Quod si quis exactius distinguens, quæ diximus proximo capite adversus Bartul., et alios, existimaverit nostram hac de re sententiam tunc obtinere, cum huic tertio defensori, etiam ignoranti, præjudicat res inter alios acta: quemadmodum, et nos palam sensimus, quasi secus sit, ubi huic tertio defensori*

non

non nocent inter alios acta. En su satisfaccion ó explicacion dice, que no reusará exâminar esta controversia, reducida á si el tercero defensor, á quien no perjudican los autos obrados entre otros, ya tenga noticia de ellos, ó ya los ignore, debe tomar la defensa del pleyto en el estado, que tiene al tiempo de su oposicion.

21. Estos terceros son los coherederos, ó los comprehendidos en una obligacion general, sin el aditamento de que sean *in solidum*; pues los autos seguidos por uno de los herederos no perjudican á los otros, ya ignoren, ó ya tengan noticia de ellos; sucediendo lo mismo á los obligados generalmente, como se ha fundado en el capítulo anterior.

22. Los principales que tienen la defensa de primer órden, como son el comprador, el heredero escrito y el poseedor del mayorazgo, si ignoran el pleyto pendiente con los interesados de segundo órden, quales son el vendedor, los legatarios y el inmediato sucesor, segun tambien se ha demostrado en el citado capítulo próximo, no reciben perjuicio en sus derechos, y los conservan íntegros para usar de ellos en juicio separado; y por este respecto vienen estos igualmente, para este caso de ignorancia, á la qüestion que propone exâminar el Señor Covarrubias, y los debe comprehender su resolucion, reducida á que han de tomar la causa en el estado que tiene al tiempo de su oposicion, sin que puedan presentar testigos despues de la publicacion, ni alegar, si estuviese conclusa: porque en uno y otro caso no podia hacerlo el principal litigante.

23. Por este órden, con que se han referido los terceros opositores coadyuvantes, queda demostrado, que en la opinion del Señor Covarrubias ninguno puede exceder, en el tiempo y estado propuesto de la publicacion y conclusion, de las facultades correspondientes á los principales; deduciéndose que los exemplos que señaló en el *cap.* 13. *nn.* 1. *y* 2. no se dirigiéron á coartar la regla general que en su principio dexó establecida, comproban-

do este concepto la remision que hace al capítulo último: *Ut lite pendente in sexto*, cuya decision es general á todos los terceros opositores coadyuvantes, y la razon que añade inmediatamente, ibi: *Si quidem ipse vult judicium à reo cœptum prosequi, et defendere*; la misma que repite con igual generalidad en el *cap.* 14. *n.* 3. en su principio y fin, viniendo á contestar por la union de sus consideraciones, que el tercero que viene al juicio con el fin de seguirlo, ratifica y aprueba lo obrado por el principal, como si el mismo tercero lo hubiera empezado, que es el modo con que se explican uniformemente los Autores referidos en el capítulo próxîmo.

24. Si el tercero, que viene al juicio despues de la publicacion ó conclusion, fuere menor de 25. años, podrá usar del remedio de la restitucion, para probar y alegar lo conveniente á su derecho. Esta es una limitacion de la regla insinuada; y poniéndola el Señor Covarrubias como general y comprehensiva de todos los terceros que sean menores, como se advierte en el capítulo nono de la primera parte, dá una nueva prueba de que estaban en la regla los mismos terceros de qualquiera clase que sean.

25. Luego que el tercero opositor viene al juicio empezado con otro, se hace parte formal, por el propio interes que motiva su instancia, y á cuya defensa se dirige como objeto principal en su intencion; pues el vendedor, aunque sea interesado de segundo órden, solicita que se estime y declare haberle pertenecido el dominio de la cosa vendida, y que le trasladó legitimamente en el comprador, y lo mismo hace este en su pretension; viniendo los dos por este medio á excluir de la suya al que intenta vindicarla.

26. En este supuesto debe comprehender la sentencia á los tres, facilitándoles la misma facultad de apelar de ella, no ya como tercero, sino como parte formal del juicio, del mismo modo que si el vendedor lo hubiera empezado por sí solo, sin que en el acto de apelar sean

adap-

adaptables las reglas de los terceros coadyuvantes.

27. Esta es una proposicion que conviene á todos, y solo pueden considerarse con la calidad de terceros, quando no han salido al pleyto ántes de la sentencia dada en la primera instancia.

28. En este solo caso tiene lugar la apelacion que interpone al tercero coadyuvante, y no puede hacerlo sino del mismo modo que el principal, y dentro de igual término señalado por las leyes. La qüestion, que excitan algunos Autores, queda reducida á saber y determinar el dia, en que empiezan á correr al tercero los que conceden las leyes para apelar de las sentencias difinitivas.

29. El Señor Covarrubias, en el *cap.* 15. *de sus Prácticas n.* 2., trata de los terceros coadyuvantes, á quienes perjudica la sentencia por su propia naturaleza, que es dada contra el principal que litiga, aunque la ignoren aquellos; y es de opinion, que para reparar y suspender sus efectos, con respecto á su propio interes, deben apelar dentro de los diez dias contados desde que llegue á su noticia positiva, de manera que puede verificarse haber pasado en autoridad de cosa juzgada con el principal; por no haber apelado en el término que le empezó á correr desde la noticia de la sentencia, y llegando despues á la del tercero, usar este de su apelacion en los mismos diez dias que empiezan á contarse desde entónces. Este es el resumen de la opinion del Señor Covarrubias, que contrae oportunamente al legatario, respecto del heredero escrito, que fué vencido en su causa. Deduce este dictamen del que formó anteriormente Alexandro en la *ley* 63. *de Re judicat.* Los fundamentos de este Autor no eran de mucha solidez; pues estuvo perplexo algun tiempo el Señor Covarrubias para decidirse por ellos; pero al fin se resolvió por esta opinion, sin haber Ley, ni Canon que la autorizase, y se acogió al auxîlio de los discursos y razones que forma en el citado *n.* 2. Este respetable exemplo fué trayendo á su partido otros muchos Autores, llegando á formar por el grande número

ro de ellos la opinion comun en este artículo.

30. Otros siguiéron la contraria, reducida á que estos terceros solo podian apelar en el mismo término que corria á los principales; y hubo tambien algunos que, perplexos en las dudas que concebian, no se atreviéron á decidirse por alguna de las dos opiniones referidas, como pueden verse en la adicion de Faria al citado *cap.* 15. *n.* 5. *y siguientes.*

31. Por estas observaciones se manifiesta la libertad, con que han tomado su partido los citados Autores, sin sujecion á Leyes, ni á Cánones; (pues no los hay que determinen este punto) y la que puede tomarse para buscar la verdad, por los medios que se consideren mas sólidos á beneficio de la causa pública; pues como decia San Agustin *lib.* 3. *de Baptism. cap.* 3. *Nec nos deterret cujuscunque Doctoris, etiam sublimis, auctoritas, ut contra illam veritatem non indulgemus.*

32. El caso que dá motivo á esta qüestion, tan difusa y prolixamente exâminada por los citados Autores, ó no tiene uso en los Tribunales, ó sucede rara vez. Yo no le he visto en los de la Corte, ni tengo noticia que se haya excitado en ellos, ni en los establecidos fuera; y me persuado que sea este el motivo de no haberse establecido ley que determine su resolucion: porque es mas propio publicarlas para los casos comunes, que para los raros y extraordinarios.

33. Si se consideran atentamente las circunstancias de los terceros coadyuvantes, á quienes perjudica la sentencia por su naturaleza, prescindiendo de su ignorancia, casi se llegará á una demostracion de que no pueden estar en los términos precisos de la qüestion propuesta. El que demanda al comprador, que está en posesion de los bienes, el dominio de ellos y su restitucion, por el título y causa que debe expresar, obliga al Juez á dar traslado, y emplazar al mismo comprador con el término que le pone, ó el que señalan las leyes. Viene el comprador al juicio por su persona, ó por otra con

po-

poder bastante, toma los autos, contesta á la demanda, pide se le absuelva, y alega el título y causa en que se funda, con lo demas que estima conveniente á su defensa; y por un otrosí pide que se cite y emplaze al vendedor, con lo que satisface su obligacion, y precave las resultas del juicio: porque en este contrato se pone comunmente el pacto expreso de la eviccion y saneamiento del vendedor; y así consta de las fórmulas de las mismas escrituras, que extiende la *ley 56. tit. 18. Part. 3.*, y de otras muchas que tratan de este contrato, no siendo necesario incluir, ni expresar este pacto de eviccion, porque viene por su naturaleza, como se expresa en la *ley 32. tit. 5. Part. 5.* y en la *6. Cod. de Evictionib.* ibi: *Non dubitatur, et si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta, ex empto competere actionem.* Y esto es comun en todos los contratos de buena fe, á los quales vienen todos los pactos y convenciones que regularmente se expresan, aunque se hayan omitido en algunos.

34. Hay una citacion ó denunciacion, que el Juez manda hacer al vendedor á instancia del comprador en el principio del pleyto, y quando mas tarde ántes de la publicacion de las probanzas, dentro del término en que pueda hacer las suyas, como se dispone en la citada *ley 32. tit. 5. Part. 5. ibi*: "Pero luego quel movieren ende pleyto, tenudo es el comprador, de facerlo saber al que gela vendió; ó á lo mas tarde, ante que sean abiertos los testigos, que fueren aduchos sobre aquella cosa en juicio contra él," lo mismo que se ordena tambien en otras muchas *leyes del Digesto y Código, en el título de Evictionib.* Esta citacion obliga al vendedor á defender en aquel juicio los derechos del comprador, y queda este seguro de los que le competen; pues si el vendedor viene desde luego á la causa coadyuvando al comprador, se hace parte interesada en el juicio, y se entienden con él los autos, llegando á la sentencia difinitiva y á su citacion, al mismo tiempo y del propio modo que se hace con el comprador, principal demandado; y empezando desde entónces

á

á correrles el término de la apelacion, no los hay para la qüestion indicada, de suponer pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia con respecto al comprador, y pendiente la libertad del vendedor, para apelar despues, á pretexto de su ignorancia: porque esta falta enteramente en el caso referido.

35. Si el vendedor no viene al juicio, ni defiende al comprador, sin embargo de su denuncia, citacion y emplazamiento, se substancian con él los autos en rebeldía, y le paran el mismo perjuicio de cosa juzgada: porque no debe ser de mejor condicion el contumaz, que el que obedece los mandamientos del Juez, y cumple sus obligaciones; haciéndose aun en este caso la notificacion de la sentencia al comprador y al vendedor, por cuyo medio queda tambien este excluido de la ignorancia, que pudiera alegar para dilatar el uso de su apelacion.

36. Si el comprador es condenado á restituir los bienes demandados en qualquiera de los dos casos referidos, tiene expedita su accion para repetir del vendedor el precio y los intereses que haya perdido; y como es regular, y muy comun, que use de esta accion prontamente contra el vendedor, le llega tambien por este medio la noticia de la sentencia que merece ser executada, sin que pueda usar de excepcion alguna contra el comprador, ni aprovecharse de su antigua morosidad para traer pendiente la seguridad del que ganó el juicio, ni ménos instaurar otro de nuevo.

37. Si el comprador no hizo citar y denunciar al vendedor al principio del pleyto, ó quando mas tarde ántes de la publicacion de los testigos, como requieren las leyes, queda libre el vendedor de toda responsabilidad; y como le falta el interes y el gravámen, que son el fundamento preciso para ser oidos en el remedio de la apelacion (cuyo particular es bien notorio, y se ha demostrado en el capítulo segundo de esta parte segunda) no hay que indagar en que tiempo le ha de empezar á correr el de la apelacion.

Po-

38. Podria suceder que en el mismo contrato de compra y venta se pactase expresamente, que el comprador no fuese obligado á citar y denunciar al vendedor, ni darle noticia del pleyto que le moviesen sobre el dominio y posesion de los bienes vendidos, quedando sin embargo el vendedor responsable á sus resultas, de cuyo caso habla la *ley 63. ff. de Evictionib.* ibi: *Herennius Modestinus respondit, non obesse ex empto agenti, quod denuntiatio pro evictione interposita non esset, si pacto ei remissa esset denuntiandi necessitas.*

39. Este es el único caso en que podria verificarse que la sentencia pasase en cosa juzgada contra el comprador, sin haber llegado á noticia del vendedor, y quisiese este apelar por no haberlo hecho el comprador, dudándose entónces si podria hacerlo en el término de la ley, empezándole á contar desde su noticia; pero como es tan raro este pacto en las escrituras de venta, lo es tambien el caso de la disputa, sin embargo de afirmar Baldo sobre la citada *ley 63.* ser tan freqüente, que las mas veces se pone en la escritura la cláusula de estar renunciada por pacto la necesidad de citar y denunciar al vendedor; lo que no sucede en estos Reynos, como se manifiesta de la fórmula que refiere la citada *ley 56. tit.* 18. *Part.* 3.

40. El segundo caso, que comprehende el Señor Covarrubias en la clase de terceros, á quienes perjudica la sentencia dada contra el principal, aunque ignorasen el pleyto pendiente y su determinacion, es el de los legatarios respecto de los herederos escritos, que fuéron demandados y vencidos por los legítimos, á cuyo favor se declaró la herencia por la nulidad del testamento.

41. Este punto se demostrará con solo apuntar las siguientes variaciones, reducidas por su órden á todas las disposiciones legales, relativas á tres tiempos. En el primero se disponia que los legados dependiesen en toda su legitimidad y subsistencia de la institucion de heredero, mirándola como cabeza principal, que disipada influia

la misma ruina en los legados, pues se consideraban como accesorios.

42. En el segundo tiempo podia rescindirse la institucion de heredero por la *querela inofficiosi testamenti*, que intentasen los hijos y descendientes del testador, por haberlos desheredado su padre sin justa causa, conservando no obstante el valor de los legados, que debian cumplir los herederos legítimos, quando ganasen su instancia.

43. Y en el último tiempo se ampliáron las disposiciones á que valiesen y subsistiesen los legados, aunque no hubiese heredero, ya fuese por no haberle nombrado el testador, ó por no haber adido la herencia.

44. Recibiendo los legados por estas últimas disposiciones la naturaleza de principales independientes de la institucion de heredero, salen necesariamente fuera del órden en que los colocó el Señor Covarrubias, y no pueden entrar en la qüestion de que les perjudique la sentencia que se diere contra el heredero sobre nulidad del testamento: porque el interes de los legatarios viene derechamente de la voluntad del testador, del mismo modo que el de los herederos; y así como en estos la sentencia que es dada contra alguno de ellos no perjudica, ni aprovecha á los otros, como se dispone en la *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3., y se ha demostrado en el capítulo próxîmo, con mayor razon debe ser limitada al heredero la que se diere sobre nulidad del testamento, sin extenderse á perjudicar en sus intereses á los legatarios.

45. Quando por algun medio pudieran considerarse en la clase de interesados de segundo órden, para tratar con ellos de la nulidad del testamento, se precavian todas las dudas y qüestiones, excitadas sobre el perjuicio que les podria causar la sentencia y tiempo de su apelacion, quando no la interpusiesen los herederos por los mismos medios que se indicáron entre el comprador y vendedor.

46. Con la demanda que pone al heredero escrito el que pretende suceder por la ley á pretexto de la nulidad

dad del testamento, ó por otras justas causas, presenta comunmente copia autorizada del mismo testamento; pues como dice la *ley 6. ff. de Transactionib.*: *De iis controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti.* Y lo mismo se repite en la *ley* 15. *Cod. de Transactionib.* ibi: *Ut responsum congruens accipere possis, insere pacti exemplum.*

47. Por este documento consta al Juez en el preliminar del juicio los que son interesados en la demanda, así por el título de herederos, como por el de legatarios, á quienes debe emplazar igualmente, para que la causa tenga su debido curso, sin disminuir la natural defensa de los interesados.

48. Quando el actor no presentase con su demanda el testamento, á que se refiere, lo haria el heredero escrito en el término que le señalan las leyes, y por él se verian los demas interesados que comprehendia por sus respectivos legados, á quienes haria emplazar el Juez de oficio, ó á instancia de alguna de las partes, pues todas se interesan en su emplazamiento. El demandante asegura concluir con todos á un mismo tiempo su pretension con la sentencia difinitiva, sin exponerse á las dilaciones, y á otros graves inconvenientes que sufriria; en el concepto de los Autores citados, si apelase el legatario, quando llegase á su noticia la sentencia despues de pasada con el heredero en cosa juzgada; y este es otro medio natural y sencillo que conduce á la brevedad del pleyto, á evitar gastos á las partes, y á no tener pendiente largo tiempo la seguridad de los derechos.

49. El heredero demandado como principal logra ser auxîliado por los legatarios, reuniendo sus defensas á un mismo fin con un solo Procurador. Lo mismo se logrará en las instancias contra los poseedores de mayorazgos respecto á sus inmediatos sucesores, ya sea porque pretendan otros derecho preferente, ó soliciten que los bienes sean libres, ó alguna parte de ellos; pues si el

 Juez

Juez manda emplazar al poseedor y á su inmediato, pueden unir sus defensas, excusando gastos, y precaviendo los nuevos recursos, que pueda intentar el inmediato, quando llegue á saber que el poseedor del mayorazgo le perdió por la sentencia difinitiva, y no apeló de ella, ó procedió con fraude, colusion ó indefesion.

50. El inmediato sucesor tiene un derecho muy cercano al mayorazgo, y le interesa anticipar su defensa, para que no pase á otra línea, de la que no podrá recobrarle, ó le será mas dificil.

51. Por estos respectos se entiende la Cámara con el inmediato sucesor del mayorazgo, quando el poseedor solicita imponer censo, enagenar parte de sus bienes, permutarlos por otros, y hacer qualquiera diligencia de que pueda resultar daño al mayorazgo; y he visto tambien en caso de obligar al poseedor á la venta de algunos bienes, por ser necesarios á la causa pública, mandar se practicasen las diligencias de reconocimiento y tasacion, y las demas que ocurran, no solo con el poseedor, sino al mismo tiempo con su inmediato sucesor.

52. Si se observasen en los casos referidos y en otros semejantes los medios indicados, que aprovechan siempre y nunca dañan, se ocurriria á las dudas y controversias excitadas sobre el tiempo de la apelacion de los terceros, que llaman interesados de segundo órden.

53. Pero dexándolos por un momento en el concepto referido, y permitiéndoles tambien que quando no apela el principal de la sentencia, lo puedan hacer los de segundo órden, conviene exponer que á estos no les es permitida la libertad de apelar de la sentencia, como la tienen los principales; pues se la restringen las leyes al caso que tengan y prueben justa causa, qual seria el no haber apelado el principal que litigaba, dexando indefensa la justicia del tercero.

54. La proposicion antecedente se manifiesta en el literal contexto de las leyes. En la 4. *tit.* 23. *Part.* 3. se dispone por regla que se puedan alzar de las sentencias,

no

no solo los señores de los pleytos ó sus Personeros, quando fuese dado juicio contra ellos, *mas aun todos los otros á quien pertenece la pró, é el daño que viniese de aquel juicio.* Pone por exemplo quando es dada sentencia contra el comprador, y no se alzase; y entónces permite al vendedor que pueda hacerlo: *porque es tenudo de facer sana la cosa que vendió.* Es de observar que no basta que sea dada la sentencia contra el comprador, si no se une la condicion que expresa la misma ley, *de que no se alzase de ella.*

55. La *ley 7. del prop. tit. y Part.* permite á los legatarios que puedan apelar de las sentencias, que son dadas contra los herederos escritos sobre nulidad del testamento, baxo la propia condicion de que no se alzáron del juicio. La *ley 36. tit. 5. Part. 5.* señala por uno de los casos en que el vendedor no es responsable á hacer sana la cosa, quando el comprador no apeló de la sentencia que fué dada contra él, estando ausente el vendedor.

56. La *ley* 4. §. 3. y la 5. §. 1. *ff. de Appellation.* proceden con la misma regla á favor del vendedor y de los legatarios, quando los principales que seguian el juicio no apelan de la sentencia; pues se considera haberse dado sin la debida y cabal defensa de sus derechos, con el fin de que el vendedor y los legatarios perdiesen los suyos.

57. Si los principales apelan en tiempo, no puede hacerlo el legatario, ni el vendedor; pues solo se les permite en este caso adherirse á la apelacion, y coadyuvar á los interesados de primer órden. Esto es lo que literalmente dispone la citada *ley 7. tit. 23. Part. 3.ª ibi*: "Otrosi decimos, que si los herederos se alzasen de aquel »juicio, que aquellos á quien fué mandado algo en el »testamento, pueden ser con los herederos en seguir »aquella alzada;" confirmándose por esta disposicion lo que explican las otras leyes acerca de la apelacion, que permiten al legatario y al vendedor, quando se verifica la

la condicion de que sus principales no hayan apelado en tiempo.

58. Lo mismo sucede con el inmediato sucesor, quien puede apelar, en el caso referido de no haberlo hecho el poseedor, de la sentencia que es dada contra este. En estos términos se explican Molina *de Primogen. lib.* 4. *cap.* 8. *n.* 10., y el Señor Covarrubias *en el cap.* 15. *de sus Prácticas*, con otros muchos.

59. Esta proposicion se confirma con la *ley* 2. *del enunciado tit.* 23. *Part.* 3., pues dispone: "Que si juicio »fuese dado contra algund Personero, en pleyto que él »demandase, ó defendiese por otro; que si el Personero »non se alzase del, que el Señor del pleyto lo puede »facer; maguer non se oviese acertado, en demandar, ó »en defender el pleyto: é si por aventura el Personero, »despues que fuese vencido, non se alzase, así como di»ximos, nin lo ficiese saber á aquel, cuyo era el pley»to, de como era vencido, puédese alzar el Señor fas»ta diez dias, desde el dia que lo supiere."

60. Por todo lo que se ha referido se demuestra, que empezando la facultad de apelar á los interesados de segundo órden desde el punto en que no lo hiciéron sus principales, dexando pasar el término en que podian hacerlo, es preciso confesar que el curso del plazo señalado á los principales para su apelacion no perjudica á los segundos interesados, y que estos le han de tener igual despues de aquel, para usar de la suya, y que su principio no puede ser otro, que el de la noticia que tengan de no haberse apelado de la sentencia: porque la ignorancia de hecho á ninguno perjudica, pues los mas sabios y prudentes no la pueden precaver; y en esto hallo yo el resumen de toda la razon, que pone de manifiesto el derecho de los segundos interesados para defenderse por medio de la apelacion, contra los que obtuviéron sentencia favorable, no porque probasen su justicia, sino por la indefension de la causa, que es la presuncion, que consideran las leyes y los Autores en el caso referido.

Quan-

61. Quando el actor empezó el pleyto, no concebiria asegurarse con un vencimiento permanente por sola una sentencia; y el que se le obligue á continuar la causa con los interesados de segundo órden, como lo hubiera hecho con los principales, es conforme á sus intenciones, y á las que por un curso regular tienen todos los actores, quando demandan sus derechos.

62. Tampoco es igual la suerte del que venció con sola una sentencia, y la de los legatarios, vendedores é inmediatos sucesores de los mayorazgos: porque aquel puede esperar en su justicia, que se confirme la sentencia, y lograr por la cosa juzgada mayor firmeza en sus derechos; pero los interesados de segundo órden, perdidos desde luego los suyos, no pudiendo usar de la apelacion, y reuniendo todas estas consideraciones, los recomiendan mucho en la equidad y en la buena fe, con que se debe buscar la verdad y la justicia segun nuestras leyes, sin detenerse en escrupulosas qüestiones.

63. Con solo este último principio de equidad, buena fe y verdad, tan própia y necesaria en los juicios, se viene á parar en una demostracion, que pone en suma claridad toda esta materia, sin necesidad de hacer uso de intrincados argumentos, difusas y obscuras disertaciones. Redúcese esta demostracion al punto de la restitucion, de que pueden seguramente usar los interesados de segundo órden contra la sentencia, que es dada en primera instancia, y pasó en autoridad de cosa juzgada contra los principales litigantes, por no haber apelado de ella: porque este remedio es bien conocido en las leyes, y observado en los Tribunales, defiriendo á él fácilmente por qualquiera de las razones, que en general excitan la equidad y la justicia.

64. El Cardenal de Luca *en el discurs. 37. de Judic. n.* 12. supone, como regla constante, que el Procurador, que tiene poder para seguir algun pleyto á nombre del principal, no le necesita especial para apelar de la sentencia que es dada contra él, y que en uso del primero debe hacerlo,

lo, ó quedar responsable en su defecto á los daños que resulten al señor del pleyto; pero asegura que nunca vió usar de esta accion, ibi: *Adeo ut contra procuratorem non appellantem concedatur actio ad interesse; quam tamen nunquam vidi practicari.* En los propios términos habla Scac. *de Appellationib. q.* 12. *n.* 125. ibi: *Numquam vidi enim principales egisse contra procuratores negligentes, et multo minus vidi procuratores negligentes condemnari: adeo quod de consuetudine non servatur, ut dominus agat contra procuratorem.*

65. La *ley* 2. *tit.* 23. *Part.* 3. concede dos medios al principal, quando no apeló su Personero. Uno es el que pueda usar contra este de la accion para recobrar todo el menoscabo que padeció por su culpa en no haberse alzado, *podiendo, é debiéndolo facer.* Otro, que no teniendo el Personero bienes con que pueda hacer enmienda al dueño del pleyto, pueda este apelar; y asegurándose por los Autores referidos, y por otros muchos, que el primer medio indicado no tiene uso en los Tribunales, queda reducido siempre al segundo de apelar de la sentencia.

66. Para hacerlo, deben implorar el remedio de la restitucion *in integrum*, procedente de aquellas causas generales, que en el juicio del Pretor le inclinen á la equidad de templar el rigor de la ley, y suplir lo que por ella no está expresamente determinado; porque estos son los oficios que corresponden al Pretor ó Magistrado, segun su primitiva institucion, y el uso que siempre tuviéron (de que hace especial mérito el §. 7. *Institut. de Jure natur. gent. et civili*, con lo demas que en su razon expone Vinn.) dispensando los auxîlios conducentes á reparar el daño, que sufren las partes sin culpa, ni omision suya. De esta especie de restitucion *in integrum*, que es general á todos, aunque no sean menores, tratan los Autores, concretándola al caso referido de haber pasado la sentencia en cosa juzgada, por no haber apelado en tiempo el Personero; y aseguran que compete al princi-

cipal, y que se le concede con facilidad, alegando y probando qualquiera simple injusticia que contenga la sentencia, que rara vez falta en el dictamen de los Jueces, por la variedad de sus opiniones.

67. El mismo Cardenal de Luca, en el citado *discurs.* 37. *de Judic. n.* 13., supone que la negligencia del Procurador en no apelar perjudica á su principal; pero que esta misma negligencia es justa causa de la restitucion *in integrum.* Y en el *discurs.* 38. se explica con mayor extension al *núm.* 11. ibi: *Atque hinc manat id quod pluries alibi insinuatum est, quod scilicet res judicata ob non interpositam vel desertam appellationem, in Curia quodammodo cæremonialis videtur, atque nunquam victorem tutum reddit, ut judicato acquiescat, dum etiam post longissimi, ac pene integri sæculi recursum, cum nimia facilitate respondetur de causis restitutionis in integrum ex capite injustitiæ, quæ resultare videatur, etiam in articulis dubiis, eo quia illis, qui de præsenti sedent in Tribunali, magis una quam altera opinio placeat, juxta consuetam ingeniorum varietatem, disputando de meritis causæ per apices, perinde ac si ea esset nova, et integra.*

68. Para comprobacion de esta doctrina conduce todo el *título del Digesto, de In integrum restitutionib.*, señaladamente la *ley* 7.; pues refiriendo en su principio algunos casos en que la equidad dictaba socorrer á los que de otro modo padecerian daño, si se observasen las solemnidades de la ley, extiende este auxîlio generalmente á todos los que eran engañados sin culpa suya, como se expresa en el §. 1. ibi: *Nec intra has solum species consistet hujus generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, sucurri oportebit: ::: et boni Prætoris est, potius restituere litem, ut et ratio, et æquitas postulabit.* Y la *ley* 8. *del prop. titul.* se explica con mayor expresion: ibi: *Ei vero, qui Reipublicæ causa absit, cæteris quoque, qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur.*

69. Ahora se entenderá bien la disposicion de la citada *ley 7. tit. 23. Part. 3.* en las dos partes que contiene. En la primera dice: Que si juicio fuese dado contra los herederos escritos, si estos no apelasen, que los legatarios pueden tomar alzada, é seguirla. En la segunda parte asegura: Que apelando los herederos, pueden ser con ellos los legatarios en seguir aquella alzada; pero no les permite interponerla, consistiendo esta diferencia en que para venir los legatarios á su apelacion, deben hacerlo por el medio extraordinario de la restitucion *in integrum*, que no se concede á los que pueden usar del ordinario, adhiriéndose á la apelacion interpuesta en tiempo por los principales litigantes.

70. Queda al parecer bien demostrada la proposicion en todos los casos referidos de la grande diferencia que hay entre la cosa juzgada, que nace por el rigor de la ley de una sola sentencia, por no haber apelado el principal que litigaba, y la que se causó con tres sentencias conformes, ó con dos en los casos que previenen las leyes.

71. Del mismo modo se ha manifestado la razon de equidad y justicia, que obliga á socorrer á los que sin culpa, ni omision propia están expuestos á padecer daños, y que deben implorar este auxîlio por el medio indicado de la restitucion *in integrum.*

72. Los efectos de este remedio se han explicado y fundado latamente en el capítulo nono de la primera parte de estos Apuntamientos; reduciéndose su principal influxo á reponer á la persona que le obtiene en aquel mismo dia, en que se dió y notificó la sentencia á los que entónces litigaban; y así viene á verificarse por una ficcion legal, equivalente á la misma verdad, que el tercero se halló en el pleyto quando se dió la sentencia, que entónces tuvo noticia de ella, y que apeló dentro de los términos que señalan las leyes á todos los que litigan; en cuyo concepto se pueden considerar ociosas todas las disputas acerca del tiempo en que ha de empezar á correr

el

el de la apelacion, debiéndose convenir en que es el mismo, y con el mismo principio que se concedió á los principales que litigaban y no apeláron.

73. Por los medios insinuados, señaladamente el de la restitucion *in integrum*, se vienen á conciliar las opiniones que parecerian contrarias: porque es cierto, que luego que el tercero tiene positiva noticia de la sentencia dada contra el principal, y que, por no haber este apelado, le perjudica, le empiezan á correr los dias de la apelacion, para implorar dentro de ellos la restitucion; y no haciéndolo en dicho tiempo, se entiende que le renuncia, y cerrado este medio no puede llegar el fin de la apelacion; pero si se le concede este auxîlio, y por su efecto se le admite la apelacion que debe interponer al mismo tiempo, se entiende que la interpuso, y le fué admitida en el mismo término en que puede hacerlo el principal.

74. Como los Autores que se han referido, y otros muchos señalan diez dias para apelar, y proceden sin disputa en este sistema, no puedo ménos de advertir, que las *leyes* 1. 4. *y* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* señalan uniformemente solos cinco dias para el efecto; y no es lícito separarse de estas respetables disposiciones.

CAPÍTULO X.

De los terceros opositores excluyentes.

1. Hay otra clase de terceros opositores que, aunque toman estos títulos del mismo orígen y causa que los coadyuvantes, se diferencian sin embargo en el fin á que se dirigen. Tales son los que llamamos terceros opositores excluyentes; quienes léjos de tratar de auxîliar á otros como los coadyuvantes, solo intentan derribarlos y destruirlos. Los unos son accesorios en los juicios, y los otros principales.

2. Deseando los Autores explicar todas las partes de

los terceros excluyentes, hacen uso del exemplo siguiente: Quando alguno se titula dueño de la cosa, de que está otro en posesion, le pone su demanda ante Juez competente, y refiriendo sucintamente los hechos en que la funda, concluye pidiendo, que el Juez condene al demandado á que se la restituya. Comunícasele traslado, y en uso de él contesta y responde contradiciendo la pretension. Si la confesase, seria tambien contestacion, como se expuso en el capítulo quarto de la primera parte; pero faltarian términos para el caso y qüestion que se propone, porque inmediatamente entregaria la cosa que se pedia, y se acabaria la causa.

3. Contestada con la contradiccion que se insinúa, tiene su curso ordinario, y en qualquiera parte y estado en que se halle el juicio, sin incluir la sentencia difinitiva, viene á él, y se presenta otro actor, que con el mismo concepto de señor de la cosa, que halla en poder del mismo reo anteriormente demandado, pretende su restitucion, del mismo modo que lo hizo el primero, excluyendo á los dos de los respectivos derechos que han producido.

4. Esta instancia es nueva y diversa de la primera en las personas, en la accion y en la causa de que procede. El actor usa de su derecho en tiempo y forma, y debe ser oido por el mismo órden de contestacion, prueba y defensa que corresponde, como sienten unánimemente todos los Autores.

5. La duda de la qüestion consiste únicamente en si la primera causa que está adelantada, quando se empieza la segunda, se ha de suspender hasta que esta iguale á la otra en su curso y estado, continuando despues unidas, para que sean determinadas en una misma sentencia; ó si cada una ha de seguir independiente y separada, y determinarse la primera que llegue al estado de sentencia, sin perjuicio de que la otra, que se halla mas atrasada, continúe por sus trámites, hasta que se dé en ella sentencia difinitiva.

La

6. La resolucion de esta duda se halla muy complicada entre los Autores. Unos quieren que la causa primera, que se supone adelantada, quando empieza la segunda, no se detenga ni un momento, y que se determine difinitivamente quando llegue á su estado, sin esperar á que le tenga igual la segunda. Esta es la opinion del Señor Covarrubias, en el *cap.* 14. *de sus Prácticas n.* 4. *in medio*: ibi: *Nos vero contrarium jure respondendum esse censemus, asseverantes tertium oppositorem, quoties non accesserit ad defendendum reum, audiendum quidem esse, ita tamen, ut nullo equidem momento impediatur litis examen, et definitio inter actorem, et reum, quoad ipsorum præjudicium, et commodum.* Y al fin del citado *n.* 4. ratifica su opinion: ibi: *Admitti debeat ad allegationem, et probationem propiæ intentionis; ita tamen ut propter hanc oppositionem nulla in parte differatur definitio litis inter actorem, et reum, quoad eorum præjudicium, præsertim ubi tempore hujus oppositionis conclusum fuerit in causa, vel facta sit testium publicatio. Etenim, tunc ipse admitterem tertium ad allegandum, et probandum, absque præjudicio publicationis, conclusionis, et definitionis ipsius litis inter actorem, et reum. Atque ita non semel vidi pronuntiari, et pronuntiavi ex collegarum judicio in hoc regio Granatensi Prætorio.*

7. Salgado sigue al Señor Covarrubias en su opinion, y la refiere al *n.* 68. *de la part.* 4. *cap.* 8. *de Regia*, y con mayor extension en la *parte* 2. *cap.* 13. *de Retention.*, llenando de elogios la resolucion de este sábio Autor, y las autoridades y razones en que la funda, señaladamente en el *n.* 13. *y siguiente*, y refiere otros muchos que se adhieren al mismo dictamen.

8. Otros Autores admiten y siguen la contraria acerca de la última parte, que dá motivo á la disputa, asegurando que en el caso propuesto el nuevo actor, que viene al juicio pendiente como tercero excluyente, hace suspender su curso en el estado en que le halla, hasta tanto que la nueva accion y demanda sea exâminada y probada entre las partes del primer juicio, y se igualen

los

los dos en su estado, de manera que puedan determinarse en una misma sentencia. Bald. *in cap.* 1. §. *Duo, de Pace tenenda.* Innocent. *in cap.* 38. *de Testib. n.* 1. *in fine.* Castill. *Controversiar. lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 9. *vers. Deinde constituo.* Gregor. Lopez *in leg.* 6. *tit.* 10. *Part.* 3. *glos.* 2. *in fine.* Paz *de Tenut. tractat.* 1. *cap.* 20. *præcipue n.* 11., con otros muchos que estos refieren.

9. Por el hecho mismo de ser tan encontradas las opiniones de los graves y sabios Autores, que han exâminado de intento la qüestion referida, se manifiesta que no han encontrado Ley ni Canon, que ni en su letra, ni en su espíritu decida este punto, no siendo de esperar que se hubiesen dividido en los dictamenes, separándose de las disposiciones claras de las leyes; sino que por no haberlas, han tomado la libertad de persuadir sus respectivas opiniones con argumentos obscuros, discursos intrincados y observaciones dudosas.

10. Y si estos sabios maestros no se han podido convenir, ni asegurar en el medio, ni en la resolucion que se debe tomar en el caso propuesto, ¿cómo podrá hacerlo un Letrado, ó un Juez que se hallen en los principios de su profesion, por mas que se fatiguen en leer y meditar las disertaciones referidas? Ocuparán en esto mucho tiempo, y quedarán en el mismo conflicto y perplexidad, bien que con el auxîlio de poder tomar el partido que mas acomode á sus deseos; de donde nace la facilidad de excitarse y continuar sin riesgo de temeridad las pretensiones y pleytos. El que viene al juicio en calidad de tercero excluyente, viendo mas adelantado al primero que litigaba, deseará detener su curso hasta igualarse con él, y así lo pedirá al Juez que conoce de la causa. El primer actor hará su vigorosa repulsa, porque se interesa en acabar con brevedad su instancia, y recobrar la posesion de la cosa que pretende. Las sentencias serán por lo comun varias, por la natural inclinacion con que disienten los hombres, quando no hallan ley superior que los detenga; y siempre quedará este artí-

tículo indeciso, y con necesidad de oportuno remedio.

11. Entre tanto que se logra, diré lo que entiendo, sin repetir de modo alguno los argumentos y las consideraciones, que hacen los Autores referidos en prueba de sus respectivas opiniones.

12. Mi pensamiento está reducido á exâminar los perjuicios y las utilidades, que se hallen en uno y otro medio; y despues de haberlos combinado, tomar el camino que con menor riesgo y mayores ventajas del Público y de las partes las conduzca al fin que se proponen: porque en esto consiste la verdadera razon que excita y anima las leyes generales y particulares, que se forman por el juicio y sentencia de los Jueces, siguiendo siempre el mayor interes de la causa pública, y el beneficio de los que litigan.

13. Si quando viene al juicio un tercero, que pretende excluir de su derecho los dos que anteriormente litigaban en el caso propuesto, lograse que se suspendiese el curso de la primera causa, que se hallaba ya conclusa (que es el estado de su mayor adelantamiento), y que no se procediese á sentenciarla, hasta que la segunda demanda, corriendo todos los trámites ordinarios, llegase á su conclusion, padeceria el primer demandante un daño, que consistia únicamente en no llegar tan pronto á ponerse en posesion de los bienes que pretendia; y esto sucederia, quando la sentencia que se diese en su causa, le fuese favorable, y no apelase de ella el reo; y como estos dos efectos no eran seguros al tiempo que el segundo actor intentaba la suspension, lo mas que venia á perder en ella el primero seria la posibilidad de recobrar con mayor brevedad la posesion de los bienes demandados. Pero este beneficio, quando se verificase tan de lleno á sus intenciones, traeria incomparables perjuicios á la causa pública, al reo demandado, y aun al mismo actor del primer juicio.

14. El reo debe contestar á la segunda demanda, y en este solo paso queda envuelto en dos pleytos; y siendo

do el fin de las leyes disminuirlos y reducirlos, se peca en este punto contra sus disposiciones. El mismo reo debe presentar con su escrito de contestacion, y en el breve término que señalan las *leyes 1. y 2. tit. 2. lib. 4. de la Recop.*, las escrituras que tuviere, y en que pretenda fundar su defensa; y siendo regular que las haya presentado para el mismo fin en la causa primera, no podrá hacerlo en la segunda, que ha de seguir separada, á ménos que pida, y se le mande dar testimonio de ellas con citacion del nuevo actor, sufriendo esta dilacion y los gastos necesarios.

15. El primer actor, que por tener su causa adelantada, haya logrado recobrar con mayor brevedad la posesion de los bienes que pretendia, por efecto de la sentencia favorable, que por no apelar el reo pasó en autoridad de cosa juzgada, no la recibe en un estado permanente y seguro: porque no se la entregará el reo, sin que le indemnize por medio de la caucion y fianza que previenen las mismas leyes, á que se acogen los Autores de esta opinion, y queda por ellas responsable á las resultas de la otra causa que corre separada; siendo de su cargo continuarla en el estado en que se halle, y defender su derecho contra el que intenta el tercero, y restituirle los mismos bienes, si venciese en la sentencia.

16. Si de la que es dada en primera instancia á su favor en la causa introducida por el primer actor, apelase el reo demandado, tendrá la causa su curso en segunda instancia entre los dos primeros litigantes con un efecto suspensivo de la sentencia; y al mismo tiempo deberán seguir los dos la segunda, que se quedó pendiente, con el tercero excluyente en primera instancia; y entónces serán mas considerables los perjuicios de las mismas partes, y los de la causa pública, en el mayor número de pleytos, y en los repetidos gastos y dilaciones que necesariamente han de ocurrir. Todo esto puede suceder fácilmente, si no se suspende la determinacion de la causa primera, para que sean determinadas en una misma

sen-

sentencia; y por no sufrir el primer actor una leve dilacion, queda sujeto á otras mayores y á mas excesivos gastos.

17. Permítase que el actor de la primera causa lograse por todos los trámites de tres sentencias conformes calificar el dominio de los bienes que pretendia, y recobrar su posesion; pero como este derecho solamente causaria estado permanente con el reo demandado, y no con el tercero que solicitaba excluir á los dos, podria suceder que en esta segunda causa no fuera tan feliz su suerte, y se estimase preferente el derecho del nuevo actor, viéndose obligado el primero á restituirle los mismos bienes, que á tanta costa habia recobrado del poseedor á quien demandó; y estas son otras resultas que justamente se deben temer, para no arriesgarse á tropezar en ellas, siguiendo el medio de que corra la primera causa independiente y separada de la que posteriormente instauró el tercero opositor excluyente.

18. En su nueva demanda concibió y trató este como reos al poseedor de los bienes que pretendia, y al primer actor que los solicitaba: al uno por razon de la posesion, y al otro por la accion que impugnaba; y como este juicio envolvia una comparacion y preferencia de los respectivos derechos que producian las partes, no podia el Juez asegurarse de la verdad, no teniendo á la vista al mismo tiempo las escrituras y probanzas, que hubiesen hecho las partes en las enunciadas causas; y como es tan propio del oficio del Juez buscar la verdad y la justicia por todos los medios posibles, ninguno podia hallar mas oportuno, que unir la segunda instancia del tercero excluyente á la causa primera, detener su curso, oir á las partes sus recíprocas defensas, y llegar al tiempo de dar la sentencia con toda la instruccion debida. Siendo pues este camino tan descubierto y conforme á las intenciones de las leyes, no debe tomarse el otro, que está lleno de los inconvenientes y peligros que se han indicado.

19. La sentencia, que se diere á favor del actor de

la primera causa, estando ya pendiente la segunda, se puede concebir poco ménos que ilusoria, si fuese vencido y condenado á restituir los mismos bienes al tercero opositor excluyente: porque hay poca diferencia entre no haberlos recibido, ó tener que restituirlos brevemente; y este riesgo, á que no es justo exponer fácilmente los juicios, justifica tambien la suspension del primero.

20. En el mismo Señor Covarrubias, si se meditan bien sus palabras y razones, se descubrirá que no procedió con igual firmeza de opinion en todas las partes y estado de la causa; pues aunque establece la regla de que no debe suspenderse con motivo de la oposicion del tercero, añade como caso principal en que esta debe tener lugar, quando viene á la causa el tercero opositor excluyente, estando ya conclusa, ó hecha publicacion de testigos, ibi: *Præsertim ubi tempore hujus oppositionis conclusum fuerit in causa, vel facta sit testium publicatio:::: Etenim tunc ipse admitterem tertium ad allegandum, et probandum absque præjudicio publicationis, conclusionis, et definitionis ipsius litis inter actorem, et reum; atque ita non semel vidi pronuntiari, et pronuntiavi ex collegarum judicio in hoc regio Granatensi Prætorio: quod æquitati potissime convenit, ob frequentes has oppositiones, quæ plerumque dolo et fraude fiunt, non alia ex causa, quam quod reus, timens justissimam condemnationem, diem differri velit.*

21. ¿Por qué principios graduaria el Señor Covarrubias de dolosa y fraudulenta la oposicion del tercero excluyente, para dar entrada con este supuesto á la equidad en que funda su opinion? Lo cierto es que la oposicion del tercero excluyente puede ser justa, y dirigida á mantener y recobrar sus derechos; y todas las reglas de caridad y de justicia obligan á tenerla por buena, y no declinar á concebirla delinqüente, como lo seria si la hiciese por dolo ó fraude solo con el fin de impedir la determinacion de la causa pendiente entre los dos principales litigantes; haciéndose mas distante la presuncion de dolo ó fraude, á vista de que el tercero no tiene in-

te-

teres propio en dilatar la primera causa, sin cuyo estímulo aun es mas repugnante el concepto de fraude, que se motiva en la enunciada oposicion del tercero.

22. La *ley* 41. *tit.* 4. *lib.* 3. *de la Recop.* habla determinadamente de un tercero excluyente, que se opone á la execucion despachada á instancia del que habia litigado con otro. No distingue la ley que la execucion proceda de cosa juzgada, ó de instrumento público: porque estas dos causas son iguales, y se comprehenden con uniformidad en la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. Tampoco distingue de los derechos que produzcan los terceros opositores, ya sea por razon del dominio, de la posesion, ó de la preferencia en la cosa que se vá á entregar, ó vender por efecto de la execucion; y con estos presupuestos dispone: "Que quando contra alguna execucion se opusiere alguna muger por su dote, ó otras personas, no se »mande dar informacion sumaria, sino que resciban luego »á prueba con término ordinario á los opositores por via »ordinaria."

23. Aunque en su principio refiere como exemplo la oposicion, que hace la muger por su dote, continúa con la cláusula indefinida *ó otras personas*, que en su caso equivale á la universal; y la misma repite en la palabra *á los opositores.*

24. Por esta ley quedan removidas dos graves dudas que habian excitado los Autores, y producian discordias en los Tribunales. Consistia la una en que los terceros opositores excluyentes no se admitian á la causa, si no probaban de un modo sumario el buen aspecto de su derecho; y esta prévia diligencia queda positivamente removida por la ley, en quanto dispone, "Que no »se mande dar informacion sumaria, sino que resciban »luego á prueba con término ordinario á los opositores »por via ordinaria."

25. Esta literal disposicion califica en la segunda parte, que la causa executiva, á que salió el tercero opositor, se suspendió en aquel momento, hasta que se com-

plete el juicio ordinario, y que se vea al tiempo de la sentencia el mejor derecho comparativo entre el primer actor y el segundo excluyente.

26. Esta es la natural inteligencia de la ley, y por ella conviene observar lo primero, que el curso de la via executiva es mas impetuoso que el del juicio ordinario, y deteniéndose aquel con la sola oposicion del tercero excluyente, se hará mas fácilmente en el de este. Lo segundo, que el actor de la primera causa, que habia logrado los efectos de la cosa juzgada, estaba mas cerca de gozar sus bienes ó sus derechos, quando se los impugnó el tercero excluyente; y suspendiéndose su execucion, con mayor razon se debe suspender el curso de la via ordinaria.

27. La reconvencion y mutua peticion, que pone el reo demandado á su actor, conviene en muchas partes con la demanda del tercero excluyente, y de su cotejo podrán tomarse algunas luces, que aseguren mas el pensamiento indicado, de que se suspenda la causa primera, quando viene á ella el tercero excluyente, y que se determinen las respectivas pretensiones en una misma sentencia.

28. La reconvencion ó mutua peticion es una demanda nueva, que pone el reo demandado á su actor, y es diversa en todas sus partes de la que este habia promovido. Las personas, aunque suenan unas mismas, se presentan con diversas representaciones legales, pues el que es reo en la primera causa es actor en la segunda. La cosa que respectivamente se demanda es tambien diversa, y lo son igualmente las acciones y las causas de que proceden; y estando acordado por las Leyes y Cánones que el Juez de la primera causa puede y debe conocer de la segunda, quando se propone en su Tribunal en tiempo oportuno, está demostrado que la enunciada diversidad de estas causas no embaraza la identidad en el conocimiento y determinacion por sola una sentencia.

29. La demanda del tercero excluyente, aunque sea di-

diversa en algunas partes de la causa anterior, en que se presenta, no lo es tanto, como en todas las que se han referido en la reconvencion y mutua peticion: porque el reo es uno mismo respecto del primer actor, y del segundo excluyente: la cosa que demandan los dos es tambien una misma; y así aunque en las acciones, en las causas de que nacen, y en las personas de los actores se verifique su diversidad, no deben embarazar el conoçimiento y determinacion uniforme de las dos instancias ó demandas.

30. En la reconvencion, para reunirla á la primera causa, hay que vencer grandes dificultades. La primera consiste en lo que disponen las leyes por regla general, de que el actor demande al reo en su fuero, y aunque el actor sea de otro diverso, queda sujeto en la reconvencion al del Juez del reo, á quien él mismo demandó. La segunda, que aunque este primer actor sea Eclesiástico, no le aprovecha la inmunidad para no contestar á la reconvencion en el fuero del Juez lego.

31. La dispensacion de las leyes, que favorecen al actor para que sea demandado en su fuero, se justifica sobre otras causas de mayor utilidad; y consisten, la una en que el actor, á quien demandó el reo, aprueba la integridad, conducta y justificacion del Juez ante quien puso su causa, y no es lícito ni decoroso que reuse ser juzgado por él en la que le mueve el reo de mutua peticion. La segunda causa, que es la principal y mas próxîma de la dispensacion referida, consiste en la utilidad pública que se asegura, reuniendo los dos juicios, y continuando en ellos con igual curso, hasta determinarlos por una misma sentencia, cortando los gastos y dilaciones, que con dolo y malicia promovian las partes, quando seguian las dos causas á un mismo tiempo en juicios separados.

32. Todas las enunciadas proposiciones correspondientes á la mutua peticion y sus efectos están calificadas mas por extenso con las leyes y autoridades, que se re-

refieren en el capítulo sexto de la parte primera de estos Apuntamientos. Cotejándolas ahora con la causa del tercero excluyente, se hallará á primera vista su uniformidad en las dos causas principales indicadas; pues el tercero excluyente busca por Juez en su demanda al que lo es del fuero nativo del reo demandado, y aprueba en este hecho la integridad y justificacion de su persona. El primer actor prestó igual consentimiento y aprobacion en su demanda; y esta es la primera causa indicada en la reconvencion.

33. La union de las dos es la segunda, que tambien se ha referido, y los efectos de la utilidad pública son unos mismos en uno y otro caso, y parece que deben gobernarse por unos mismos principios, no permitiendo la separacion de las causas, sino uniendo su conocimiento, aunque sea con el ligero perjuicio que se ha explicado en el actor de la primera causa.

34. Es cierto que no tiene lugar la mutua peticion, sino la que propone el reo al tiempo que contesta su demanda dentro de los 20. dias, que á este fin señala la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.*; pero esta ley cortó las dudas y opiniones, que ántes de ella excitáron los Autores acerca del estado en que podian proponerse las reconvenciones, y no hay menor necesidad de poner igual remedio en las causas de los terceros excluyentes. Pero entretanto me parecia mas conveniente seguir el pensamiento que he apuntado, reducido á que se tome el partido de oir *ex integro* al tercero excluyente, viniendo al juicio ántes de la sentencia, sin perjuicio del estado de la primera causa, y sin proceder *ad ulteriora*, hasta que, estando en igual estado la del tercero excluyente, se puedan determinar las dos en una misma sentencia, guardando el órden de antigüedad, segun se observa en las principales demandas y en las reconvenciones, y se explicó en el citado capítulo sexto.

35. Quando se presenta el tercero excluyente con su demanda, no se le dá inmediatamente entrada á la causa,

sa, ni se acuerda mandar por el Juez que corra unida á la primera, ni que esta se suspenda. Este es un incidente que pide algun exâmen aunque sumario y breve, y á este fin se dá traslado al reo y al actor de la primera causa.

36. Si estos reconocen al tercero excluyente con buen derecho en su demanda, y no impugnan tampoco que corra unida con la primera, y que las dos se determinen en una misma sentencia, no hay que tratar ya de opiniones, porque todas las allana el mutuo consentimiento de los interesados; y á la verdad que pueden serlo en la union de las dos causas, aunque se suspenda la primera por algun tiempo, excusándose por este medio de los mayores perjuicios, que se han manifestado en que se sigan separadamente.

37. Con solo este fin de oir el dictamen de las partes, que litigaban como principales, se justificaria el traslado que se les da, sin que el Juez pueda excluir de oficio al tercero.

38. El reo demandado ayudará las mas veces la intencion del tercero excluyente, para que su demanda se admita, siga y determine juntamente con la primera, suspendiéndose el estado de esta, por el grande interes que logra en que así se haga, y se demuestra por los dos medios siguientes. El primero, que la suspension de la primera causa le conserva mas tiempo en la posesion de los bienes que se le piden, y el segundo, porque le escusa los muchos gastos que sufriria defendiendo una misma cosa en dos juicios separados.

39. El actor de la primera causa será el único, que por no sufrir su dilacion impugnará la union de la segunda, tomando á mejor partido seguirla despues separadamente; pero á este propósito ocurren los inconvenientes y perjuicios de la causa pública, que se han referido, y se pueden añadir otros de no menor peso, si se exâmina un artículo, que no encuentro exâctamente tratado, ni decidido por los Autores, que apoyan la separacion de las dos causas, quando el tercero excluyente viene á la primera, estan-

tando ya conclusa, ó á lo ménos publicadas sus probanzas.

40. Consiste este nuevo artículo en saber si la causa del tercero excluyente, en el supuesto de quedar separada de la primera, ha de seguir su curso inmediatamente con el mismo reo demandado y con el actor de la primera causa, ó si debe suspenderse y reservarse al tercero excluyente su accion, para que use de ella, despues de acabada la primera causa, contra el que venciese, y quedase en la posesion de los bienes que intenta demandar.

41. Esta duda se motiva lo primero, en que siguiéndose inmediatamente la demanda del tercero excluyente, sin detener el curso de la primera, deberá entenderse con el mismo reo que está en posesion de los bienes, y sufrirá la incomodidad de tener dos pleytos para defender una misma cosa.

42. Si se ha de entender en el propio tiempo esta nueva demanda con el actor de la primera, á quien impugna su accion, ó su preferencia, se cae en el inconveniente de considerar á este como reo, y sujetarle al conocimiento de un Juez, que no es el competente por razon de su fuero, y no se descubre causa de utilidad pública, que justifique la derogacion de una regla tan fundamental.

43. Si la nueva demanda del tercero se ha de seguir con solo el reo, que está entónces en la posesion de los bienes, no perjudicarán estos autos, ni la sentencia que se diere en ellos al actor de la primera causa, por no haber litigado, y aunque venza el tercero al reo demandado, no usará con el otro de la cosa juzgada.

44. En las dos causas separadas solicitarán respectivamente las partes su mayor brevedad y adelantamiento, al paso que intentarán por todos medios detener el curso de la otra causa para llegar cada uno primero al término de la sentencia y de la cosa juzgada; y la experiencia ha hecho conocer los fraudes de que se aprovecha la malicia en semejantes casos, y los grandes daños que resultan de permitir estos medios, que en iguales circunstancias se han detestado y prohibido por las leyes.

Lue-

45. Luego que alguno estaba demandado en su fuero sobre el pago de la cantidad que debia, si tenia por otra causa accion contra el actor por alguna otra cantidad, usaba de ella ante el Juez del fuero del actor, que en esta segunda causa venia á ser reo, siguiendo necesariamente la regla general indicada, de la que no podia apartarse segun las antiguas disposiciones de los Romanos. Los daños públicos y particulares, que resultaban á los mismos litigantes de seguir á un tiempo estos dos juicios separados, los empezó á conocer la penetracion de Papiniano, y se hiciéron notorios á los Emperadores que proveyéron de oportuno remedio, mandando que el Juez, que conociese de las causas del reo, pudiese conocer y determinar las que este pusiese contra el actor, siguiéndose unidas en un mismo juicio. Este fué el principio de la reconvencion y mútua peticion, de que trata la *ley* 14. *Cod. de Sentent. et interlocutionibus*, y la *Autén. Et consequenter del prop. tit.*; y con mayor extension la *Novel.* 96. *cap.* 2. cuyo epígrafe dice: *De his qui conveniuntur, et reconveniuntur*; donde avisa que va á tratar de intento de esta materia.

46. En el cuerpo de la disposicion pone el caso que la motiva, y la razon que la justifica: ibi: *Deinde qui factus est in conventione* (*reus, ut ait Glossa*), *tanquam et ipse actorem obligatum habens, eum apud alium traxit judicem: et aliquid inopinabile fiebat: quia enim uterque seorsum actoris obtinet officium, miserandum quiddam, et risibile inde veniebat: mox enim cum voluisset aliquis propiam movere litem; repente is, qui ex diverso convenerat, apud alium judicem trahebat eum, apud quem ipse sortitus fuerat judicem.*

47. Hasta aquí se refieren los casos en que se dividian las instancias, que respectivamente se promovian el actor y el reo, y en su conseqüencia se expresan los daños que resultaban: ibi: *Et alterutros protrahentes immortaliter permanserunt litigantes.* Y al fin del §. 1. ibi: *Ut ita tales eorum auferamus artes, et in alterutros calumnias.*

48. El remedio que se acordó para ocurrir á los da-

ños que experimentaba el Público, y no ménos los litigantes, fué reducido á disponer y mandar que el reo, que tuviese que promover alguna accion contra el actor que le demandaba, pudiera usar de ella, luego que contestára la demanda, ante el mismo Juez que venia á ser el de su propio fuero, autorizándole para que conociese de una y otra á un mismo tiempo, sin embargo de que el actor de la primera causa fuese de otro fuero; y si el reo no propusiese su demanda en aquel tiempo próxîmo á la contestacion de la otra, se le reservaba su accion para que usase de ella, acabada que fuese la instancia que contra él se habia promovido, sin permitirle entretanto que en juicio separado vexase, ni molestase al actor que le habia demandado.

49. Las artes y calumnias, de que usaban las partes para molestarse mútuamente en aquellos juicios diversos que se han referido, se verificarian igualmente en los que siguiesen el actor y el tercero excluyente separadamente contra el mismo reo; y era consiguiente, por la identidad de razon, que se prohibiesen los perjuicios que por estos medios resultarian á la causa pública y á los mismos litigantes.

50. Cerrado este paso, quedan expeditos otros al tercero excluyente. Uno reducido á usar de su accion, quando se hubiese acabado el primer juicio, coartándole la libertad de promoverla ántes, y para esta pena no se descubre causa alguna; pues si al reo, que queria reconvenir á su actor, se le mandó suspender hasta que se acabase la primera causa, fué porque abusó de este beneficio que le dispensaba la ley, y acreditaba los deseos de vexar y molestar al actor con su nueva demanda ante otro Juez diverso.

51. Pero el tercero excluyente, léjos de reusar el medio de poner y seguir su demanda ante el propio Juez de la primera causa, y que se determinen las dos en una propia sentencia, esto es lo que solicita con mas esfuerzo.

Si

52. Si se dixese que el tercero excluyente viene tarde al juicio, pues el que ha de poner la reconvencion y mútua peticion debe hacerlo en el principio de este, luego que lo contesta, y dentro del término de los 20. dias que señalan las leyes, se satisface plenamente á este reparo, advirtiendo que no hay morosidad donde falta la noticia; y sin ella no empiezan á correr los términos, por mas estrechos que sean; y no presumiéndose que el tercero excluyente tuviese positiva noticia del pleyto que se seguia entre otras personas, no se le puede imputar que usó tarde de su derecho. Lo contrario sucede en el que quiere poner la demanda de reconvencion y mútua peticion; y así le empieza á correr el término de los 20. dias desde la notificacion y traslado de la demanda que le puso el actor, y quando no usa dentro de este término de la accion, manifiesta que no quiere hacerlo ante aquel propio Juez; y como no puede executarlo ante otro, pendiente la causa en que es demandado, porque esto lo prohiben justamente las leyes, viene á conformarse el mismo reo con el único medio que le queda, de usar de su accion en el fuero del actor, luego que este haya acabado su causa.

53. Por todo lo expuesto me parece que se debe concluir toda la qüestion de este artículo con la regla constante, de que en qualquiera tiempo y estado de la causa en que venga el tercero excluyente, aunque esté conclusa, ó publicadas sus probanzas, debe ser oido *ex integro*, hasta que se iguale con el estado de la primera causa, y corran despues unidas las dos por un mismo juicio y sentencia.

54. Por limitacion de la regla insinuada podrá admitirse el caso de que al tercero se le pruebe en el ingreso de su demanda que lo hace con dolo y mala fe; ya porque sabiendo positivamente la que pendia entre el actor y el reo, esperó que se adelantase, y vino despues á detenerla, ya porque desde luego aparezca frívola y calumniosa, ó se le pruebe su malicia por qualquiera otro me-

medio de los que se confian al prudente arbitrio del Juez en materia tan oculta y dificil.

55. Debe observarse por último, que qualquiera duda acerca del dolo y fraude del tercero excluyente bastará para que no se le impida el curso de su nueva demanda, y se suspenda la anterior; pues quando en el progreso no la probase, acreditando su buen derecho, se manifestará entónces la temeridad con que vino á litigar, y sufrirá la condenacion de las costas y perjuicios que causó á las otras partes.

CAPÍTULO XI.

De la execucion de las sentencias.

1. Hemos llegado al último oficio de la justicia, que es el de *Jus suum cuique tribuendi*; y esto solo se cumple y verifica con la execucion de las sentencias, que es la causa primitiva en la intencion de los que litigan, pues la dirigen siempre á recobrar ó adquirir lo que les pertenece, ó asegurarse en la posesion de los bienes que gozan. Los gastos y las incomodidades, que sufren en los pleytos, se templan con la esperanza de su victoria, y seria vana y sin fruto, si con la execucion de las sentencias no cogiesen el que solicitan y desean. Salgad. *de Retent. part. 2. cap. 18. n. 10. y siguientes* recoge todas las autoridades que confirman la proposicion antecedente, y aseguran con uniformidad, que ni por la sentencia, aunque pase en cosa juzgada, ni con el mandamiento de su execucion se acaba el pleyto, hasta que se lleva á debido efecto, resultando de este principio conseqüencias utilísimas que tambien se refieren en el lugar citado. Con la execucion unas veces logran la seguridad permanente de sus derechos, y otras es solo temporal sujeta á la suerte de que se reforme, ó se haga perpetua.

2. La execucion, que procede de la cosa juzgada, mantiene su perpetuidad con proporcion á la que tiene

su

su causa. Ella es un efecto que debe guardar uniforme correspondencia con su orígen; y teniéndole en la misma cosa juzgada que hace una verdad inalterable, es preciso que los efectos de su execucion lo sean igualmente.

3. Si la execucion procede de las sentencias que no acaban el pleyto, porque continúa en los Tribunales superiores en virtud de la apelacion, ó por otro recurso competente, como sucede quando es admitida en solo el efecto devolutivo, se hace la execucion con calidad de revocable, así como lo está el principal juicio; y llegando la sentencia al término de cosa juzgada por qualquiera de los medios que se han explicado largamente en los capítulos quarto y quinto de la parte segunda; pierde la execucion desde entónces la condicion de temporal, y recibe en aquel punto la de perpetua, como lo queda el juicio principal; y del mismo modo recibirá la revocacion, si se diere sentencia contraria que pase en autoridad de cosa juzgada.

4. La *ley 15. tit. 20. lib. 4. de la Recop.* dispone y manda, que dos sentencias conformes en los negocios que por su gravedad y entidad, y por las demas calidades, puedan admitir segunda suplicacion, se executen en lo que fueren conformes, sin embargo de la dicha segunda suplicacion, dando primeramente la parte, en cuyo favor se dieren, fianzas á contento de los Jueces, de quienes se suplicare, que si la sentencia de revista se revocare, volverá lo principal con los frutos á la otra parte.

5. Este es un exemplar de la execucion, que se hace con calidad y condicion de revocable, atendiendo en la execucion al interes y beneficio de la parte, á quien se le declaró su buen derecho por dos sentencias conformes dadas en los Tribunales superiores, y considerando al mismo tiempo la seguridad de la parte vencida por medio de las fianzas para el caso insinuado, de que se revoquen las citadas dos sentencias.

6. Igual disposicion se halla en la *ley 6. tit. 24. Partid. 3. ibi*: "Desde que la sentencia fuere dada por el »Rey,

„Rey, ó por el Adelantado mayor de la Corte, fasta diez „dias puede pedir merced, la parte que se tuviere por „agraviada, que le oya sobre ella. É si estónce le fuere „otorgada esta merced, puédese mandar cumplir el jui„cio, si es dado sobre cosa mueble, ó raiz; dando fiado„res el vencedor, que tornará todo aquello de que se fué „entregado, si el Rey tuviere por derecho, de desfacer „aquella sentencia que era dada por él.” Por la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. publicada por el Señor Don Juan el Primero año de 1390. se hallaba dispuesto; y así consta al fin de la citada ley: “Que en el caso que la segunda sen„tencia fuere dada, y fuere suplicado para ante Nos, „que no sea hecha execucion de la dicha segunda senten„cia, fasta que sea dada la tercera sentencia confirmatoria, „por aquel, ó aquellos, á quien Nos lo encomendasemos.”

7. Esta disposicion comprehende todas las segundas sentencias, sin distinguir que sean ó no conformes á las de vista, y en uno y otro caso con solo interponer la segunda suplicacion, no se executaba la sentencia de revista. Esta es la verdadera inteligencia que se presenta bien descubierta en la letra de la citada *ley* 1., y la misma que la han dado los Autores, considerando que por la enunciada *ley* 15. se corrigió la primera. Así se explica Acevedo sobre la citada *ley* 1. *vers. último*, y en la 15. *vers.* 1., y mas expresamente lo dice Maldonado *de Secund. supplication. tit.* 5. *quæst.* 11. *n.* 2.

8. La razon de utilidad pública, que pudo mover al Señor Don Felipe II. á establecer la citada *ley* 15. el año de 1563., corrigiendo la anterior de 1390., nó se expresa, ni aun se percibe de la referencia y contexto de la mencionada *ley* 15. Acevedo pasa sobre las enunciadas dos leyes sin indagar sus motivos y fundamentos. Maldonado en el lugar citado *núm.* 3. reune tres causas parciales para formar una suficiente en que afianzar y justificar la nueva disposicion de la *ley* 15., y las reduce á la grande autoridad de las dos sentencias conformes dadas por los Tribunales superiores, y á la eficaz presuncion

de

de su justicia: á que es muy debida toda reverencia en obedecer y cumplir lo que determina el Príncipe con pleno conocimiento de causa, ó los Ministros que inmediatamente le representan, asegurándolo con dos uniformes sentencias; y últimamente que se interesa la equidad en que no se retarde la execucion de las dos sentencias conformes con motivo de la segunda suplicacion, especialmente consultando la seguridad de la otra parte, en el caso que obtenga sentencia favorable, con las fianzas suficientes que deben preceder á la execucion.

9. Estas mismas razones y fundamentos insinuó por punto general en iguales casos Vela *disert.* 36. *n.* 24. Pero si se consideran con buena reflexîon los perjuicios grandes que desde luego nacen de la misma execucion de las dos sentencias, y los mayores á que están expuestas las partes si se revocasen, se percibirá la mayor utilidad en la observancia de la citada *ley* 1., aunque las dos sentencias fuesen conformes, y en esperar la que se diese en el grado de segunda suplicacion, para executarla entónces libremente.

10. Las leyes adquieren desde su establecimiento un derecho de permanencia para no ser desatadas, ni corregidas en todo, ni en parte, salvo que se probase manifiestamente que producian perjuicio público, y que podian y debian mejorarse. Esto es lo que disponen las *leyes* 17. *y* 18. *tit.* 1. *Part.* 1. por aquella razon que entre otras muy graves insinúa la citada *ley* 18. *ibi*: "E por»que el facer es muy grave cosa, y el desfacer muy li»gera, por ende el desatar de las leyes, é tollerlas del to»do que no valan, no se deve facer sino con gran con»sejo de todos los omes buenos de la tierra, los mas hon»rados, é mas sabidores, razonando primeramente los »males que y fallaren, porque se deban toller; é otrosí »los bienes que y son, é que pueden ser."

11. La observancia originaria y sucesiva por largo tiempo da otro realce á la utilidad y conveniencia pública de la ley, porque tiene á su favor otros tantos votos

tos

tos, como son los Pueblos que la han observado y guardado religiosamente; y por esta razon es tan recomendable el uso para entender y declarar el verdadero sentido de las mismas leyes, como se expresa en la *6. tit. 2. Part. 1.* "Que ansi como acostumbráron los otros de la "entender, ansi deve ser entendida, é guardada." Y aun para probar el perjuicio que puede irrogar al Público la ley, se hace grande consideracion de no haberla admitido el Pueblo, como lo insinúa oportunamente el Señor Covarrubias *lib. 2. Variar. cap. 26. n. 6. vers. 5.* ibi: *Nam et maxime præsumendum est, eam legem, quæ à Republica non recipitur, minime ei convenire.*

12. Todas estas partes y circunstancias recomiendan la permanente utilidad de la citada *ley* 1., pues se supone que en su establecimiento fué muy exâminada y probada, y que lo fué mas en el tiempo de mas de 200. años que corriéron sin novedad, hasta que por la enunciada *ley* 15. fué introducida la de permitir la execucion de la segunda sentencia, siendo conforme á la primera. Por otra parte no se expresa el daño que hubiese causado la observancia de dicha *ley* 1., ni se motiva el beneficio que podia traer la 15., y como en los buenos principios de la razon y de la ley no es conveniente mudar lo que siempre ha tenido interpretacion cierta, ni se permite introducir novedades, no siendo la utilidad evidente, y ademas se observa generalmente en el establecimiento de las leyes manifestar el daño experimentado, y el bien que se promete con su enmienda, parece que faltando todas estas circunstancias en la referida *ley* 15., solo queda el arbitrio de recurrir á la *ley* 20. *ff. de Legibus. Non omnium, quæ à majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*; y la 21. *siguiente: Et ideo rationes eorum, quæ constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quæ certa sunt, subvertuntur.*

13. Pero dexando algun lugar al discurso, sin apartarse de venerar la novedad de la citada *ley* 15., se percibirá que si hay en ella alguna utilidad pública, es de po-

poco momento, y se hace mas inferior cotejada con los daños que en lo general puede traer: porque las razones de autoridad, respeto y equidad, en que intenta fundarla Maldonado en el lugar citado, son comunes á las sentencias que dan los Tribunales superiores, aunque no sean conformes, y lo son mucho mas en los casos de la segunda suplicacion, de que habla únicamente la ley; pues introduciéndose derechamente al Rey, debia ser mayor el respeto de este recurso para no hacer novedad, ni en el tiempo en que puede introducirse, ni despues de admitido.

14. La única razon de utilidad que yo puedo descubrir en que se execute la segunda sentencia, siendo conforme á la primera, sin embargo de la segunda suplicacion, consiste en que el que tiene á su favor las dos sentencias entre mas prontamente en la posesion y goce de los bienes de que se trata en el pleyto, y que no se dilate este beneficio, tolerándole en el que ningun derecho tiene en ellos, segun la grave presuncion de las dos sentencias conformes.

15. Pero esta dilacion dixe que era momentánea, porque los tiempos señalados para introducir y acabar la segunda suplicacion son breves, y estrechan por todos medios su puntual observancia; pues la súplica debe hacerse dentro de 20. dias, contados desde la notificacion de la sentencia, conforme á lo que dispone la citada *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4., y dentro de 40., que corren desde el dia que suplicó, debe presentarse ante S. M., segun la *ley* 4. *del prop. tit.* 20. Los autos vienen al Consejo originales, y se escusa el tiempo y gastos de la compulsa, y se determina la causa por el mismo proceso, sin recibir escrito ni peticion, y sin dar lugar á otras nuevas alegaciones, ni probanzas, ni escrituras, ni dilaciones, ni pedimentos por via de restitucion, ni en otra manera alguna. La vista y determinacion de estas causas es preferida á otros procesos de qualquier calidad que sean. Todo esto se previene á beneficio de la brevedad de estos pleytos en

la *ley* 2. *del propio tit.* 20. *lib.* 4.

16. Si por la entidad y gravedad de estos pleytos se informa en derecho, están tomados todos los medios para ocurrir á la dilacion, concediendo únicamente dos meses de término, y reduciendo las informaciones á 10. pliegos, con lo demas que en esta razon disponen la *ley* 34. *tit.* 4. *lib.* 2., el *aut.* 18. *del prop. tit. y lib.*, los 1. 7. *y* 11. *tit.* 16. *lib.* 2.; y aun se añade en dicho auto 11. en que se da licencia para escribir en derecho, que lo hagan con arreglo á las disposiciones citadas, y que los diez pliegos de escrito sean de letra parangona; dirigiéndose todas las referidas providencias á la brevedad de estos importantes negocios.

17. Cotejando ahora los daños que recibirán las mismas partes, y resultarán al Público de anticipar la execucion de las dos sentencias conformes, y no esperar á que se determine la segunda suplicacion, se percibirá el exceso de los perjuicios.

18. Consiste el primero en la dificultad de hallar fianzas suficientes, que es el preliminar de la execucion; y si alguna vez se encuentran proporcionadas al grande interes de estos pleytos, suele ser á mucha costa de la parte; pues las mas veces la ponen en necesidad de compensar al fiador el peligro á que se expone.

19. Aunque estas fianzas han de ser á contento de los Jueces, debe ser un arbitrio justificado y prudente; y ántes de interponerle por su declaracion, debe ser oida la parte vencida, de cuyo interes se trata; y este es un expediente, que aunque instructivo y breve, y que no admite súplica, ni recurso de lo que determinan los Jueces, ocupa tiempo, y causa gastos, que es otro daño de las partes y del Público.

20. La execucion comprehende el reintegro de los bienes que se litigan; y es preciso que se justifique los que son y su estado, formándose inventario, para que conste al tiempo de la restitucion, si se revocasen las sentencias, su exîstencia, las mejoras, ó desperfectos que

Ggg se

se hayan causado en aquel tiempo.

21. Tambien comprehende la misma execucion los frutos vencidos desde la contestacion de la demanda; y este es otro artículo de mas dificil prueba, que admite grandes dilaciones y recursos competentes, y es otra parte de los perjuicios indicados.

22. Si por la sentencia, que se diere en el grado de segunda suplicacion, se revocasen las anteriores, se hallará la parte, que pretendió executar las dos sentencias conformes, complicada con nuevas dificultades para restituir lo que hubiese percibido, y los frutos que en su tiempo se hubiesen causado; y esta contingencia, aun sin esperar el efecto, debia contener el deseo de la execucion de las dos sentencias conformes.

23. Las mas veces no halla la parte fianzas suficientes, y pretende que se le admita por suplemento la caucion juratoria, que algunos Autores estiman por suficiente. Otros la resisten, y quieren que se cumpla en forma específica la dacion de fianzas; habiendo tambien otros que toman el medio de poner en fiel depósito y administracion los bienes de la disputa. Estas tres opiniones se refieren mas largamente en la parte primera cap. ultim. n. 149. del *Labyrint. creditor.* de Salgado; y qualquiera de ellas que se admita, sufrirá una discusion larga y un pleyto costoso.

24. Por todo lo expuesto debe proceder con detenida reflexîon la parte, que solicite la execucion de las dos sentencias conformes, y estar muy atentos los Jueces á que, si se lleva á efecto, sea por los medios mas equitativos, que aseguren el interes de uno y otro litigante.

25. Yo esperaria, ántes de pedir la execucion de las dos sentencias conformes, á que pasara el término de los 20. dias señalados para interponer la segunda suplicacion; pues si no usase de este recurso, quedaria expedita la execucion, sin el gravamen de dar fianza, ni las demas contigencias que se han referido; y aun quando interpusiese en dicho término la segunda suplicacion,

convendria esperar el de los 40. dias, concedidos para presentarse ante S. M.; pues no lo haciendo dentro de ellos, queda extinguido este recurso, y la parte en libertad para recobrar los bienes y frutos contenidos en las dos sentencias conformes.

26. El término de los 20. dias fué siempre uno mismo para el efecto de introducir la segunda suplicacion, y tuvo un mismo principio, qual fué la notificacion y noticia de la sentencia; pero se reduxo á controversia, si bastaria para que empezase á correr dicho término, que se notificase al Procurador, ó si seria necesario hacerla saber á la parte principal en todo su tenor específico. Prevaleció en este artículo la opinion de que no corria el término de los 20. dias, si no se notificaba la sentencia á la parte principal; y como para este fin se habian de emplear mas tiempo y gastos, solicitando la otra parte las diligencias competentes, tenia entónces esta mayor causa para pedir desde luego la execucion de las dos sentencias, sin esperar la resolucion de la parte contraria en el punto de interponer la segunda suplicacion.

27. Pero estando ya decidida esta qüestion, y reducida á que con la notificacion del Procurador empiece á correr el término de los 20. dias, como se expresa en la *ley 16. del prop. tit. 20. lib. 4.*, publicada en 18. de Agosto de 1774., cesan la dilacion y el perjuicio, y puede la parte suspender la execucion de las dos sentencias por el referido término de los 20. dias, y lograr el mayor interes y comodidad que se ha indicado, si dentro de ellos no se propusiese la segunda suplicacion, y aun esperar los 40. dias, por si no se verificase su presentacion ante S. M.

28. La *ley 8. del referido tit. 20. lib. 4.* dispone y manda, que dadas dos sentencias conformes sobre la posesion, no haya lugar suplicacion con la fianza de las 1500. doblas, ni otro recurso, ni remedio alguno, y que se executen, dando primeramente aquel, en cuyo favor se diéron las sentencias, caucion de fianzas sufi-

cien-

cientes ante los Jueces que diéron la segunda sentencia á su contentamiento, de que si fuere condenada la parte, en cuyo favor se executa, en la causa de la propiedad, restituirá las cosas de que así fuere fecha execucion, y le fueren entregadas.

29. La execucion, de que habla esta ley como efecto de las dos sentencias conformes, es tambien de las que están expuestas á ser revocadas en el caso que expresa, y aun parece mas gravosa la fianza que debe preceder, y con mayores perjuicios que los indicados en el caso anterior. Porque primeramente se supone que los pleytos, de que trata la citada *ley* 8., son de grande entidad y valor, segun se explica la *ley* 1. *del prop. tit. y lib.*, para que pueda haber lugar á la segunda suplicacion.

30. Este pensamiento, de ser reducida la disposicion de la citada *ley* 8. á las causas que permitian la segunda suplicacion, está descubierto por el órden y relacion de la misma ley con la anterior próxîma, que trata de las causas en que puede haber segunda suplicacion, y determina y declara, que la cantidad ó cosa que se litiga ha de ser de tanto valor y estimacion como las 1500. doblas de cabeza, de que habla la ley de Segovia, que es la primera citada, donde se disponia con generalidad que los tales pleytos, en que podia suplicarse segunda vez, debian ser muy grandes ó de cosa ardua; y para quitar las dudas, que necesariamente se excitarian sobre si el pleyto era grande ó de cosa ardua, fué oportuna y necesaria la declaracion que se hizo en la citada *ley* 7.

31. Demuéstrase su mayor comprobacion en la letra de la misma *ley* 8.; pues dispone hácia al fin, que si las dos sentencias no fuesen conformes, haya lugar la dicha ley de Segovia, si el valor de la propiedad de la cosa fuere de 3000. doblas de cabeza, ó dende arriba.

32. El señalamiento de esta cantidad fué nuevo y limitado á las causas posesorias; pues aunque tenia lugar en estas, y en las de propiedad un mismo valor que llegase á las 1500. doblas, se aumentó justamente quan-

do

do se trataba solamente de la posesion.

33. Con el propio discernimiento procedió la *ley 9. siguiente*, señalando para que tenga lugar la segunda suplicacion el valor de 3Э. doblas en las causas de propiedad, y de 6Э. en las de posesion.

34. El segundo supuesto consiste en que unas y otras causas, ya sean de propiedad ó de posesion, deben empezar en el Consejo, Chancillerías ó Audiencias, y las dos sentencias conformes, que dieren estos Tribunales, producirán su execucion, y quedará cortado todo recurso, con reserva únicamente para el juicio de propiedad.

35. De estos antecedentes resulta una coseqüencia evidente, reducida á que si empezaren en los referidos Tribunales superiores los pleytos sobre posesion de bienes, cuyo valor en propiedad no llegue á las 6Э. doblas de cabeza, las dos sentencias conformes se executarán libremente, sin necesidad de que la parte, á cuyo favor se hayan dado, dé fianzas, ni otorgue otra alguna responsabilidad, para el caso que sea vencida en el juicio de propiedad.

36. La razon fundamental de la conseqüencia indicada consiste en que las dos sentencias conformes sobre la posesion, supuesto que no puede haber segunda suplicacion, por no llegar el valor de la propiedad á las 6Э. doblas, causan executoria de cosa juzgada, inalterable en aquel juicio, y su execucion debe ser expedita y sin el gravamen de las fianzas.

37. La que se concede de las dos sentencias conformes en los juicios posesorios, en que podia tener lugar la segunda suplicacion, lleva por objeto principal el beneficio de la parte, á cuyo favor fuéron dadas en virtud de las fianzas para sufrir los gastos y las contingencias de la instancia de segunda suplicacion; y en esta inteligencia, que es la natural que se presenta en la ley, conviene observar y cotejar, si el interes que resulta de la execucion de las dos sentencias á la parte, á cuyo favor fuéron dadas, es comparable con el gravamen que se le impone de dar fianzas

zas suficientes, de restituir las cosas de que así fuere hecha execucion, y le fueren entregadas, si fuere condenada en la causa de la propiedad. Es cierto que á poca reflexîon se presenta un exceso muy considerable en el perjuicio, que con la dacion de fianzas sentirá la parte, que fué tan favorecida en las dos sentencias conformes; pues en las que se dieren en los juicios de propiedad, de cuya execucion se trató en el caso primero indicado, serian suficientes llegando á la cantidad de las 3∂. doblas, que es el valor que hace lugar á la segunda suplicacion; y en estos juicios posesorios es preciso que el valor de las fianzas llegue al capital de las 6∂. doblas, verificándose en este punto el exceso del perjuicio por la mayor dificultad de hallar fianzas que lleguen á esta cantidad.

38. El tiempo, que podrian subsistir gravados los bienes con las referidas fianzas en los pleytos de propiedad, es limitado al de la segunda suplicacion, y así estaba mas cerca de poner en libertad los bienes de las fianzas, que es un grande interes de las partes; pero las que se dan en los juicios sobre posesion son relativas al caso en que la parte fuere vencida y condenada en la causa de la propiedad, y este es un tiempo ilimitado y de tan larga duracion, que podria hacer perpetuo el gravamen de las fianzas, impidiendo el uso libre de los bienes afectos á ellas, lo qual retraeria á sus dueños de sujetarlos á una responsabilidad tan grave y de duracion tan larga.

39. Porque la parte, que fué vencida en el juicio posesorio, puede tomarse el tiempo que le parezca para introducir el de propiedad, respecto de no estár señalado por la ley, como lo está en la segunda suplicacion; y quando usare prontamente de la accion en propiedad, será de mucha mayor duracion este juicio hasta acabarlo, no solo con las dos sentencias conformes, sino tambien con la segunda suplicacion.

40. La posesion, que se declara y autoriza con las dos sentencias conformes, no solo pone á la parte en estado de percibir los frutos, por ser esta facultad un efecto

to preciso de la posesion, sino que tambien hace que se considere al que la tiene como dueño y señor de los bienes. Estas son dos proposiciones capitales, sobre que proceden con uniformidad las Leyes y los Cánones, señaladamente la 27. *y* 28. *titul.* 2. *Part.* 3., el *capit.* 19. *de Jur. Patronat.* y los Autores que tratan de esta materia, y refiere Salgado *en su Labyrinto part.* 2. *cap.* 22. *num.* 74. En este concepto de ser no solo poseedor, sino tambien señor de los bienes, parecia que no debia interrumpirse en sus facultades por un tiempo y contingencia tan incierta, de que fuese condenada la parte en el juicio de propiedad.

41. Quando se intenta contra el que está en posesion, no se altera su estado, ni se le interrumpe la percepcion libre de sus frutos durante el juicio de propiedad. El que tiene la posesion por autoridad judicial, como sucede en las dos sentencias conformes de los Tribunales superiores, funda un derecho mas poderoso en los bienes, que el que da la mera posesion en que se halla la parte, quando se la demanda sobre la propiedad; y por esta mayor razon debia ser de mejor derecho, y no sujetarle á tan gravosa obligacion de dar fianzas de responder de las resultas de un pleyto que aun no se ha introducido.

42. Los que se promueven sobre la tenuta de los bienes de mayorazgo por el remedio de la ley de Toro, que es la 8. *tit.* 7. *lib.* 5., reducian su efecto en las dos sentencias de vista y revista á la pura tenencia de dichos bienes; y como no tocaban en la posesion, se executaba la segunda sentencia, aunque fuese revocatoria de la primera, sin permitir otro remedio, ni recurso alguno en aquel juicio, supuesto que las partes podian usar en las Chancillerías del que les correspondiese en quanto á la posesion y propiedad, pues para uno y otro efecto se remitian los pleytos á ellas. Esto es lo que dispone la *ley* 9. *tit.* 7. *lib.* 5., y por este respecto no venian entónces los referidos pleytos sobre tenencia de bienes de mayorazgo comprehendidos en la disposicion de la *ley* 8. *tit.* 20. *lib.* 4. ni

ni en quanto á que fuesen conformes las dos sentencias para ser executádas, ni para que de la de revista hubiese segunda suplicacion; y esto procedia por no ser grave el perjuicio que causaban, y quedar reservados otros remedios ordinarios para la posesion y propiedad.

43. Pero habiéndose declarado en la *ley* 10. *tit.* 7. *lib.* 5. que, determinados en el Consejo los pleytos sobre tenuta de los bienes de mayorazgo, las sentencias de vista y revista se entendiesen no solo sobre la tenencia, si no tambien sobre la posesion, remitiéndose únicamente á las Audiencias en quanto á la propiedad, parecia que debian estar en el caso de los juicios posesorios, de que trata la citada *ley* 8. *tit.* 20. *lib.* 4., y admitirse la segunda suplicacion, sin executarse la sentencia de revista, que no fuese conforme con la de vista, por concurrir las mismas circunstancias, y ser las mas veces estos pleytos de mayor gravedad; pero lo cierto es que la enunciada *ley* 10. no declara si debe ó puede haber segunda suplicacion en los juicios de tenuta, ó posesion de los mayorazgos, y parece por su contexto, que la excluye, pues dice: "Que sobre lo así sentenciado no aya, ni pueda »aver otro pleyto, y juicio de posesion."

44. Como esta última cláusula indefinida y general podia motivar duda, de si en ella se comprehendia la segunda suplicacion, por no estar específica, fué muy oportuna la *ley* 14. *tit.* 20. *lib.* 4., por la qual se ordena y manda: "Que de las sentencias, que dieren los del »Consejo en los pleytos y negocios:::: sobre la posesion »de los bienes de mayorazgo, no aya, ni pueda aver lu»gar la segunda suplicacion de las 1.500. doblas, que la »ley de Segovia dispone, aunque las sentencias de vista »y revista que dieren, no sean conformes, sin embargo »de la ley de Madrid, que es la octava de este título, »y quedando aquella en su fuerza y vigor en los otros »pleytos y negocios, que no fueren sobre la tenencia, y »posesion de bienes de mayorazgo."

45. La *ley* 5. *tit.* 19. *lib.* 4. reduce á una sola senten-

cia las dos, que hasta entónces se daban sobre la tenuta ó posesion de los mayorazgos, y excluye tambien la suplicacion y otro remedio ó recurso, ratificando que la remision de los autos á las Audiencias sea únicamente sobre la propiedad.

46. Por el órden de las disposiciones referidas acerca de la posesion de los bienes de mayorazgo, se demuestra que una sola sentencia es executiva libremente y sin el gravamen de fianzas; y parecia que con mayor razon debia hacerse así en los otros negocios, especialmente quando las dos sentencias de vista y revista son conformes.

47. Pero dexando correr la distincion con que proceden las enunciadas leyes, y permitiendo su observancia en los juicios posesorios, se advierten dos notables diferencias: Una, que quando la sentencia de revista es contraria á la primera, no se executa, y se admite la segunda suplicacion, sucediendo lo contrario en la posesion de los mayorazgos; y otra, que en los juicios posesorios comunes no pueden executarse, ni aun las dos sentencias conformes, si no se da ántes la fianza que previene la citada *ley* 8. *tit.* 20. *lib.* 4.; executándose una sola respectiva á la posesion de los mayorazgos sin fianza alguna, y sin responsabilidad de restituir los frutos vencidos hasta entónces, y aun de los que reciba posteriormente hasta el tiempo en que conteste la demanda de propiedad que le fuere puesta.

48. La execucion de las dos enunciadas sentencias, y la prohibicion de que tengan segunda suplicacion, hacen un beneficio á la parte á cuyo favor son dadas, y como le puede renunciar, y no usar de la execucion, ya sea por no hallar fianza suficiente, ó por no estimar conveniente recibir este gravamen, tocariamos entónces en un caso que no determina la citada ley, y se excitaria la duda sobre la resolucion y medios que debian tomarse, pues quedando sin executarse las dos enunciadas sentencias conformes, continuará en la posesion de los bienes el

el mismo que ántes estaba en ella, y las dos sentencias serán inútiles y sin fruto para el que las hubiese obtenido á su favor: porque ni puede introducir por sí la segunda suplicacion, por faltarle el gravamen que no le irrogan las sentencias, ni hay términos para que pueda demandar la propiedad á uno que por las mismas dos sentencias está declarado no ser poseedor, viniendo por conseqüencia á quedar sin recurso el que las hubiese ganado en el juicio de posesion.

49. Si se seqüestran los bienes, es preciso señalar tiempo para que la parte, contra quien se diéron las dos sentencias conformes, use de su derecho en el juicio de propiedad, dirigiéndolo contra el que obtuvo las dos sentencias, como poseedor legal; y si pusiese y formalizase esta demanda, se ve el largo tiempo y gastos que se causarian hasta acabarla por todos sus trámites y sentencias, y se defraudaria al poseedor de la percepcion de frutos, y de otras muchas ventajas que trae la posesion natural.

50. Si pendiente el seqüestro se determina y señala tiempo al que perdió las dos sentencias, para que pueda usar de la segunda suplicacion, con la fianza de las tres mil doblas, quedará mas prontamente expedito el uso de los bienes al que logró las dos sentencias conformes, si se confirmare por la que se diere en la segunda suplicacion, y si esta las revocare, los recobraria el antiguo poseedor sin los embarazos de las gravosas fianzas que prescribe la ley.

51. Por esta consideracion parecia este último medio el mas oportuno en el caso propuesto de no executarse libremente y sin fianzas las dos sentencias conformes en los juicios posesorios; pues así como renunció el que las obtuvo á su favor el beneficio de la execucion, venia desde entónces á quedar el pleyto en el estado y circunstancias de las leyes anteriores y de sus disposiciones comunes, que permiten suplicar segunda vez, quando el valor de la propiedad llega á seis mil doblas, y de allí arriba.

52. Tambien hay otras sentencias que merecen execucion desde el punto que son dadas en primera instancia, sin esperar su confirmacion, dando el acreedor fianzas suficientes de restituir lo que percibiese, si se revocase la obtenida á su favor. En esta clase está la de remate, que es dada en los juicios executivos; pues sin embargo de que se interponga de ella apelacion, cuyo efecto es limitado al devolutivo, se executa inmediatamente, y se procede á la venta de los bienes del deudor hasta hacer entero pago del principal á su acreedor, y de las costas causadas.

53. La *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* dió la primera idea á estas execuciones, que proceden de obligaciones, contratos, compromisos, sentencias, ú otras qualesquiera escrituras que tengan aparejada execucion.

54. Su disposicion contiene dos partes, y es de observar en la primera, quales sean aquellas obligaciones, contratos, ó escrituras que tengan aparejada execucion; y en la segunda tambien parece que está diminuta, pues suponiendo que no haya probado el deudor las excepciones que hubiese propuesto de las señaladas en la misma ley, manda al fin de ella, que el Juez proceda á la execucion del tal contrato ó sentencia, y la lleve á debido efecto, sin prevenir, ni imponer al acreedor la obligacion de dar fianzas.

55. Otra especialidad se advierte en la citada *ley* 1., y es el haberse establecido en favor de los mercaderes y otras personas de la Ciudad de Sevilla; pero como su espíritu y su razon era comun á los demas Pueblos del Reyno, debia tener el mismo efecto en todos ellos, como se observa por regla general en los rescriptos y constituciones de los Príncipes; y señaladamente han seguido todos los Autores esta regla en la exposicion de las *ley.* 13. *y* 14. *tit.* 7. *lib.* 7. *de la Recop.*; pues aunque la primera habla de los cortijos y heredamientos de Granada, y la segunda de los acotamientos que hacian los de Avila en virtud de su particular ordenanza, siempre se han enten-

tendido sus disposiciones como generales á todo el Reyno.

56. Con efecto, siguiendo estos mismos principios, mandáron los Señores Reyes Católicos en la *ley* 2. *del prop. tit.* 21. *lib.* 4. que la anterior se guardase generalmente en todos sus Reynos, viniendo á ser propiamente una declaracion de lo que se contenia en la citada *ley* 1.

57. En el progreso de la 2.ª repitiéron con mas estrecho encargo á las Justicias, que quando los acreedores presentasen cartas y contratos públicos, y recaudos ciertos de obligaciones, las cumplan y lleven á debida execucion, en tal manera que los acreedores sean pagados de sus deudas.

58. Esta disposicion procede sobre dos supuestos ó condiciones: Una, que sean pasados los plazos de las pagas; y otra, que las excepciones que hubiese propuesto el deudor no sean legítimas, ó no las haya probado dentro de diez dias. Á falta de una y otra condicion procede la execucion y el pago efectivo al acreedor, sin que tampoco le impusiese obligacion de dar fianzas, pues no se hace memoria de ellas para este caso.

59. El último que propone la ley prueba manifiestamente el concepto que en los anteriores se ha formado; pues reduciéndose á que el deudor señalase testigos fuera del Arzobispado ú Obispado para probar sus excepciones, sin poder presentarlos dentro de los diez dias, dispone que pague luego al mercader ó al acreedor, dando el tal mercader ó acreedor luego fianzas, que si el deudor probase la paga ú otra excepcion que le pueda excusar, que le tornará lo que así pagare con el doblo por pena, en nombre de interese.

60. Esta es la primera vez que se oye en las leyes el nombre de fianza en el acreedor, que recibe la cantidad que se le debe por efecto de la execucion, y no seria extraño que dicha fianza se entendiese limitada al caso último que propone la ley, de que los testigos señalados por el deudor estuviesen fuera del Arzobispado ú Obis-

Obispado, pues su literal disposicion da fundado motivo á esta inteligencia.

61. Pero atendidas las disposiciones positivas de otras leyes, y las referencias que hacen á la citada *ley* 2., se manifiesta que las fianzas, que deben dar los acreedores, comprehenden todos los casos en que por sentencia de remate en los juicios executivos reciban la cantidad de sus créditos, reduciéndose la obligacion de estas fianzas á que restituirán al deudor lo que hubieren recibido, si se revocase la sentencia de remate.

62. Esta inteligencia se demuestra en el contexto y en el órden de la *ley* 19. *del prop. tit.* 21. *lib.* 4., cuyo principal objeto fué reunir las formalidades esenciales y términos que debian guardarse en los juicios executivos. En el principio dice, que por no estar declarada por leyes de estos Reynos la forma que se ha de tener en las execuciones de los contratos públicos y de otras escrituras que traen aparejada execucion, habia diferentes estilos; y para ocurrir á esta variedad, y reducirlos á una práctica uniforme y constante, dispone y señala el órden que debe guardarse desde el principio de la execucion; y llegando al término de hacer remate y pago á la parte, previene lo siguiente: "Dando las fianzas la parte que »pide execucion, que la ley de Toledo, y las otras leyes de »estos Reynos disponen."

63. Aunque el caso de esta ley parece reducido al en que el deudor no se opusiere á la execucion dentro de los tres dias señalados: *ibi*: "Y no haciendo la oposi»cion dentro de los dichos tres dias, mande el Juez ha»cer remate, y pago á la parte, dando las fianzas &c." concurre la misma razon, quando habiéndose opuesto, no propusiere, ni justificare excepciones legítimas dentro de los diez dias; y así como procede entónces la sentencia de remate y pago, debe preceder á este la seguridad de las fianzas, con el propio efecto y fin de restituir lo que percibiere, si por el Superior se revocare la citada sentencia de remate.

La

64. La *ley* 4. *del prop. tit.* 21. *lib.* 4. trata de las sentencias que dan los Jueces arbitros *Juris*, y los arbitradores y amigables componedores, y manda que se executen, haciendo el acreedor obligacion, y dando fianzas llanas y abonadas de restituir lo que hubiere recibido por virtud de la tal sentencia, con los frutos y rentas, segun que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada.

65. En la *ley* 24. *del prop. tit. y lib.* se manda, que en lo que se conformaren los Contadores nombrados por las partes, siendo confirmado por sentencia del Juez, que de la causa conociere, la tal sentencia se execute, sin embargo de apelacion, baxo la misma obligacion y fianzas prevenidas en la citada *ley* 4., y con el mismo fin y efecto.

66. Reunidas todas las enunciadas leyes se percibe con evidencia, que las fianzas que prescriben no tienen diferencia alguna en su objeto y fin, y por esta razon usó oportunamente la citada *ley* 19. de la referencia general á la ley de Toledo, y á las otras leyes de estos Reynos.

67. Las sentencias, en que se mandan dar alimentos á los que litigan, son executivas desde el punto en que se pronuncian, reduciéndose la apelacion á solo el efecto devolutivo, y esto procede no solo en las que despues de un serio y maduro exâmen del juicio salen con el nombre de difinitivas, si no tambien en aquellas que se proveen como interlocutorias, fundadas en las pruebas y presunciones de la calidad del que litiga, y de su buen derecho, bastando una sumaria instruccion que incline el ánimo del Juez á concebir recomendables las circunstancias en que se funde la obligacion de dar alimentos al litigante, sin que haya diferencia entre los que piden alimentos como hijos y descendientes, y por oficio del Juez, y los extraños que los solicitan por via de accion; pues en unos y otros tiene lugar la execucion de la sentencia, sin que la suspenda la apelacion, como lo

lo expuse y fundé largamente en el capítulo segundo de esta segunda parte.

68. Ahora viene á tratarse del que tiene la misma sentencia alimentaria y su execucion, esto es, si revocada dicha sentencia, el que recibió y consumió los alimentos debe restituir su importe, dando á este fin fianzas previas.

69. Esta duda no se halla declarada expresamente por las leyes, y se ha reducido á opiniones. El Señor Covarrubias en el *cap. 6. de sus Prácticas* explica hasta el núm. 6. los casos y calidades en que puede tener lugar la obligacion del reo á dar alimentos al que los pide, y en el núm. 7. trata de su restitucion, y se explica en los términos siguientes: *Quartum his ipse addere minime dubitabo, id etenim receptissimum, nempe dandam esse cautionem idoneam de restituendis his alimentis, et expensis, si actor ipse in causa succubuerit, aut accepto ferendis, ubi is victoriam obtinuerit.*

70. La misma opinion sigue Molina *de Primogen. lib. 2. cap. 16. n. 42. y 43.* con otros Autores que refiere, y entre ellos Molin. *de Justit. et jur. disp. 616. numer. 15. vers. Utrum autem is.* Pero los mismos forman una distincion muy esencial entre los alimentos que se dan á los que piden y solicitan en el concepto de hijos, ó descendientes, y los que se entregan por otros justos respetos, aunque sean á extraños, si se estiman por el Juez acreedores á su percepcion. En los primeros dicen que no son responsables á pagar el importe de los alimentos que han recibido, aunque pierdan la causa, siendo vencidos en la sentencia difinitiva del juicio, pero que no sucede así en los extraños; y por esta diferencia opinan que estos deben dár fianzas suficientes ántes de recibir los alimentos, exônerando de esta obligacion á los que con el título de hijos y descendientes los gozan en virtud de la primera sentencia difinitiva ó interlocutoria.

71. Por la opinion contraria están Masuero y Boerio en los lugares que refiere el mismo Señor Covarru-

bias,

bias, asegurando que los que reciben alimentos, aunque sean vencidos en la difinitiva del juicio, no están en obligacion de restituirlos, y por esta causa consideran ociosa la fianza ó caucion indicada. Á la misma opinion se inclinan Velasc. *quæst. 39. n. 62.* Menoch. *de Præsumptionib. lib.* I. *quæst. 35. n. 37.*, con otros que refiere Faria en sus adiciones á la citada *q. 6.* del Señor Covarrubias sobre el n. 7.

72. Si se consideran de intento las razones y autoridades en que fundan sus respectivas opiniones, se conocerá el libre arbitrio que se han tomado para establecerlas, causando grandes daños á la causa pública, así por los muchos pleytos que excitan las partes, auxîliadas de las doctrinas que las favorecen, como por la variedad de las sentencias; y muchas veces llega una opinion á tomar el nombre de comun por el mayor número de los Autores que la han seguido, sin aquel discernimiento y detenido exâmen que conviene.

73. La *ley 7. tit. 19. Part. 4.* decide tres puntos capitales en esta materia. El primero, que solicitando alguno con el título de hijo ó descendiente, que su padre le crie y alimente, aunque este niegue la qualidad de hijo en que se funda el actor, si lo probase este plenamente en el progreso del juicio, llegando á declararse por sentencia difinitiva, procede en este caso sin disputa la prestacion de alimentos y su execucion, sin embargo de que el padre apele de dicha sentencia.

74. El segundo caso es, que sin esperar á las pruebas ordinarias del juicio, ni á su final determinacion, se debe mandar que el padre asista con los alimentos y litis expensas al que pretende ser su hijo, con tal que este pruebe sumariamente hallarse, quando mueve el pleyto, en esta quasi posesion, ó que por otras presunciones y señales justifique la qualidad en que se funda; pues entónces procede que por sentencia interlocutoria se mande inmediatamente al padre, que le asista con los alimentos, entendiéndose esta providencia con reserva de que las

partes puedan probar en el juicio plenario si es ó no tal hijo.

75. El tercer caso consiste en que esta ley no impone al hijo, que ha de percibir los alimentos, obligacion de dar fianzas, ni caucion de restituirlos, en el caso de ser declarado por sentencia difinitiva no ser hijo de aquel, de quien ha recibido los alimentos.

76. De esta omision, que no puede atribuirse á olvido de la ley, infieren el Señor Covarrubias, Molina y otros, en los lugares citados, una singularidad en los hijos y descendientes, para no ser responsables á los alimentos que han recibido, aunque sean vencidos en la difinitiva, exônerándolos necesariamente de la fianza y caucion, por faltar el fin á que debian dirigirse.

77. Este pensamiento está bien fundado en la omision de la citada ley, pues las que exîgen en otros casos restitucion de lo que perciben por la execucion de las sentencias, previenen expresamente las fianzas que deben dar, y sin esta disposicion no se les impondria este gravamen.

78. La *ley* 27. §. 3., *ff. de Inoffi. testam.*, confirma la proposicion antecedente, pues obligando, en el caso que propone, al heredero escrito á que dé alimentos al que en concepto de hijo ó nieto arguya de inoficioso el testamento, y habia obtenido á su favor una sentencia, no le impone la obligacion de dar fianza, que es el mismo argumento para no considerarle responsable á la restitucion de los percibidos, aunque sea vencido en la difinitiva del juicio.

79. La *ley* 1. §. 7., *ff. Si mulier vent. nomin.*, confirma mas expresamente la misma proposicion, pues suponiendo que habiéndose dado alimentos á la madre en el concepto de estar embarazada del que tendria derecho á todos los bienes, salió incierta su opinion, y se trataba luego de la obligacion que tendria la misma alimentada á volver lo que con este título habia recibido, se decide no ser responsable á su restitucion, á ménos que se pro-

probase haberlos recibido por calumnia y dolo.

80. Por todas las referidas disposiciones que tratan de los hijos y descendientes que con este pretexto recibiéron alimentos, y fuéron despues convencidos en juicio, se forma la conclusion mas segura de no estár obligados á su restitucion, y en esto van conformes todos los Autores.

81. La diferencia entre ellos consiste en si la libertad de restituir los alimentos es limitada, y debe restringirse por particulares circunstancias y motivos á los hijos y descendientes que los perciben con este pretexto, ó si es comun y general esta misma libertad á todos los demas, á quienes pendiente el pleyto se les hayan dado por mandamiento de Juez.

82. El Señor Covarrubias en el citado *cap. 6. de sus Prácticas n. 7.*, el Señor Molina *de Primogen. lib. 2. cap. 16. num. 41.*, Molina *de Justit. disputat. 616. n. 15. vers. Utrum autem is*, y otros, hacen singular y privilegiada de los hijos y descendientes, que por este título reciben alimentos, la indemnidad de no restituirlos, aunque en el juicio plenario sean convencidos de que no son tales hijos y descendientes, declarándose por la sentencia difinitiva haberles faltado la causa para exîgirlos de los que pretendieren ser sus padres ó ascendientes.

83. En esto siguió el Señor Covarrubias la opinion de la glosa sobre la *ley última Cod. de Carbon. edict.*; pero no expone la razon singular que pueda concurrir en los que como hijos y descendientes perciben alimentos en el caso propuesto de ser vencidos, que no asista igualmente á todos los demas, que con qualquiera otro título los reciban pendiente el pleyto.

84. Pues aunque se permita que con menor prueba, ó mas ligera presuncion mandó el Juez asistir con alimentos á los que se presentan como hijos ó descendientes, y que pudieran tener en esta parte alguna consideracion privilegiada; pero sabida la verdad por la sentencia difinitiva de no ser tales hijos y descendientes del que por

mandamiento del Juez se los dió, se disipa aquella causa, retrotrayendo su falta al principio del pleyto y su contestacion, como si en aquel momento hubiera constado plenamente el defecto que en el progreso del juicio se descubrió y calificó con mejores pruebas, viniendo á ser mas dignos de correccion y pena los que falsamente se tomáron el nombre de hijos y descendientes para lograr prontamente sus alimentos, y adelantar la esperanza de mejorar sus derechos, si hubieran vencido en la instancia.

85. El Señor Molina en el citado *lib. 2. cap. 16. n. 42. y 43.* repite la misma razon indicada, y añade otra, ibi: *Ab aliis vero extraneis, qui non ita habent præsumptionem pro se, repetentur; cum in eis contrarium jure cautum non inveniatur.*

86. En esta última cláusula está la nueva causa que añade este sabio Autor, reducida en substancia á decir, que los hijos y descendientes no restituyen el importe de los alimentos recibidos con estos títulos, aunque se convenzan en el juicio de supuestos y falsos, por no estár prevenida esta restitucion en las leyes que hablan de los hijos y descendientes, y que los extraños no tienen á favor de su libertad iguales disposiciones: de manera que no se atreve á decir que exîste algun derecho que imponga á los extraños, que recibiéron alimentos, obligacion de restituirlos, siendo vencidos en el juicio principal.

87. En el mismo *n. 43., versic. Sed quamvis*, hace una distincion de voces, cuyo efecto no se percibirá fácilmente. Supone que el hijo que está en la quasi posesion de esta calidad, y que por ella recibe alimentos pendiente el pleyto, no está obligado á restituirlos, aunque sea convencido despues, que es su propia opinion, siguiendo en esto la del Señor Covarrubias. De este antecedente saca dos conseqüencias. La primera, que no se les debe obligar á dar fianzas para la precisa restitucion de los alimentos en el caso de ser vencidos en la causa, ibi: *Injustum videtur eum compellere ad præstandam satisdationem, quod si in*

cau-

causa succubuerit, alimenta præcise restituet.

88. La segunda conseqüencia se reduce á que debe dar caucion de restituir los alimentos, en quanto por derecho esté obligado á hacerlo, ibi: *Ideoque juri, ac rationi magis consonum videtur, quod præstetur cautio, quod si in causa succubuerit agens, cui alimenta præstantur, ea restituet, quatenus de jure ad id ipsum adstrictum esse compertum fuerit.*

89. Quando el Señor Covarrubias trata en el citado *n.* 7. de la necesidad de que dén fianzas, los que reciben alimentos pendiente el pleyto, de restituirlos en el caso de ser vencidos, motiva su opinion en que por este medio se contendrán los pobres para no litigar incautamente y con temeridad, al abrigo de la esperanza de recibir alimentos y litis expensas pendiente el pleyto, seguros de que por su pobreza no podrán restituirlos, aunque hayan litigado con calumnia, y sean por esta razon vencidos.

90. Este fundamento es comun á los extraños, y á los hijos y descendientes, porque unos y otros podrán tomar con temeridad y de mala fe los títulos que se aparentan para obtener los alimentos y litis expensas; y aunque hayan logrado darles algun colorido suficiente á que el Juez los mandase socorrer con estos auxîlios, si en el progreso del juicio se descubre y convence haberlo hecho con dolo y calumnia, serán unos y otros igualmente responsables á restituir lo que hayan percibido; pero como puede perderse un pleyto por no probar cumplidamente su derecho, aunque la parte tuviese buena fe, este es el punto preciso de la qüestion; y en él no se descubre razon sólida en que pueda fundarse la diferencia indicada por los referidos Autores.

91. Yo percibia otra causa, al parecer mas poderosa, para que todos los que con qualquiera motivo recibiesen alimentos, siendo vencidos en la causa, los restituyesen; y consiste en que los alimentos son unas impensas necesarias para conservar al hombre, y las mismas que necesariamente hubiera hecho por otro medio gravoso y de res-

responsabilidad, si no las hubiera recibido del reo que traxo al juicio; y en este supuesto le competia una accion de *in rem vers.*, que es la mayor preferencia.

92. Estos alimentos provisionales se dan con ligeras pruebas, por las causas indicadas de ser hijos, descendientes, ó extraños con buen derecho á los bienes que solicitan, concurriendo ademas la pobreza de los actores; y faltando estas causas entra de lleno la condicion, *ob causam datam, causa non sequuta*; viniendo tambien á tener lugar la condicion *indebiti per errorem soluti.* Porque á la verdad, ¿qué mayor error que mandar contribuir con alimentos al que se tenia por hijo y no lo era, y al que se estimaba con buen derecho á los bienes que pretendia, faltándole ciertamente estas circunstancias en el concepto de las leyes, aunque por algun tiempo se equivocase el Juez para mandárselos dar?

93. Sin embargo de estas nuevas consideraciones, y de las que motivan los Autores citados, para estimar en los extraños la obligacion de restituir el importe de los alimentos que recibiéron pendiente el pleyto, en el caso de ser vencidos en el juicio principal, procede la opinion contraria auxîliada de los Autores que tambien se han referido, cuyos fundamentos se exâminarán con el mas exâcto discernimiento, para demostrar, si es posible, el valor de una y otra.

94. Todos ellos niegan la singularidad que se quiere atribuir á los hijos y descendientes, para libertarlos de la restitucion, limitando á ellos solos las leyes que no se la imponen. Este es el principal fundamento de la referida opinion, y como en la opuesta no se descubre motivo de especialidad en el punto de la restitucion de alimentos, las razones generales inclinan á comprehender á unos y á otros en igual libertad de no restituirlos.

95. Yo añadiria para mayor claridad de esta segunda opinion, que su principal fundamento consiste en la quasi posesion en que estaban quando se empezó el pleyto, ó en la que fuéron puestos por sentencia provisional del

del Juez de percibir sus alimentos; y que por efecto de esta posesion justa y legítima, pues se autorizó por el Juez de la causa, se consumaba y acababa en cada dia la obligacion alimentaria de parte del reo, y la accion del que los recibia; en cuyo supuesto, que parece notorio, entran las reglas que disponen y establecen, que aunque posteriormente se descubriese y verificase la falta de aquella causa primitiva, no se invierte ni altera el justo título, ni se cae en responsabilidad que no tenian en aquellos principios. Asi lo declara el *cap.* 73. *de Regul. jur. in sext. Factum legitime retractari non debet, licet casus postea eveniat, à quo non potuit inchoari.* Lo mismo se dispone en la *ley* 85. *ff. de Regul. jur.* §. 1. *Non est novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuerunt.*

96. En confirmacion de este pensamiento viene oportunamente la decision del *cap.* 19. *de Jur. patronat.* Por ella se autoriza la presentacion del que estaba en posesion del patronato, aunque en realidad no lo fuese, y se declarase así en el juicio de propiedad: porque el fruto de la presentacion fué cogido y consumido con buena fe y justo título; y aunque este se deshiciese por la sentencia posterior de propiedad, no influye defecto alguno en el fruto consumido de la presentacion.

97. Al mismo intento conduce la *ley* 5. *tit.* 19. *lib.* 4. *de la Recop.*, por la qual se executa la sentencia de tenuta en los bienes de mayorazgo, y en los frutos que hasta entónces han producido, sin obligacion de restituirlos, aunque sea vencido en la propiedad.

98. Así la sentencia dada en las tenutas, como la respectiva á favor del que está en posesion del patronato, se funda en la causa de considerarse por una presuncion legal legítimos sucesores en su propiedad; y aunque falte esta causa, y se descubra por las sentencias posteriores, que en realidad y por derecho no exîstia, ni exîstió en tiempo alguno, no se revocan los efectos que se consumiéron legítimamente en aquellos tiempos.

De

99. De estos antecedentes se deduce la mas cabal satisfaccion á las dos observaciones que se hiciéron á favor de la opinion primera, porque es cierto que en el tiempo en que se diéron los alimentos exîstia legalmente la causa en que se motiváron, y eran tenidos por verdaderos acreedores, y así no pueden repetirse por la condicion *ob causam datam*, *causa non sequuta*, ni por la de *indebiti per errorem soluti*.

100. Últimamente por esta segunda opinion se evita un grave daño que padecerian los alimentarios sin embargo de su posesion y buena fe, si se observase la primera; pues habiendo recibido menudamente y en pequeñas partes sus alimentos, tendrian que restituir de una vez el todo de ellos, que ascenderia á grandes sumas, haciendo mas penosa y dificil su paga.

101. Este inconveniente se consideró en las imposiciones y redenciones de los censos, para no permitir que las cantidades recibidas de una vez se redimiesen en pequeñas partidas, estimando algunos que debia hacerse de todo el capital, ó á lo ménos de porciones que pudieran imponerse útilmente por los acreedores; y así se observa en los Tribunales, siguiendo la doctrina de Rodrig. *de Ann. redditib. lib.* 1. *q.* 18. *n.* 31.

102. Reuniendo, por conclusion de este capítulo, las execuciones de las sentencias en las clases que se han referido, es consiguiente tratar por su órden de las personas, que pueden y deben executarlas, y asimismo del método que han de observar en su conocimiento, con respecto á las instancias, excepciones y recursos que promuevan las partes. De uno y otro se tratará separadamente en los dos capítulos próxîmos.

CA-

CAPÍTULO XII.

El Juez de primera instancia debe executar las sentencias que pasaren en autoridad de cosa juzgada.

1. Varias son las causas y razones por las que reciben las sentencias la autoridad permanente de cosa juzgada: como si las partes consienten expresamente la que es dada por el Juez de primera instancia: si lo hacen por un reconocimiento tácito de su justicia, no apelando en el término que señalan las leyes: si aunque la interpongan, y les sea admitida, no la mejoran en el que les concede el Juez, ó señalan en su defecto las leyes; y últimamente si mejorada ante el Superior, la desamparan, por no presentar el proceso en tiempo competente, ó no la continúan, dando justa causa á que se estime y declare por desierta, sin entrar el Superior en el conocimiento del negocio principal.

2. De todos estos medios traté con extension, explicando sus fundamentos en los capítulos quarto y quinto de esta parte segunda, concluyendo con la demostracion, de que la sentencia dada por el Juez de la primera instancia queda firme, y su execucion corresponde privativamente al mismo Juez que la dió.

3. Quando se continúa la apelacion por todos sus términos y grados, y determinan las causas con sus respectivas sentencias los Jueces superiores, formando el número de tres conformes, que es la regla comun en que consiste la cosa juzgada, ó por solas dos sentencias en los casos particulares que explican y señalan las leyes, de que se ha hecho tambien mencion en diferentes partes de estos Apuntamientos, señaladamente en el capítulo quarto de esta segunda parte; entra la duda y competencia, sobre que Juez ha de executar la cosa juzgada, si el de primera instancia, ó el último que causó la executoria.

Estos son los términos propios de esta qüestion, y no entran en ella los demas casos que se han referido al principio de este capítulo, convenciéndose por este órden sencillo, que no están considerados con propiedad en la clase de limitaciones ó excepciones de la regla indicada por el Señor Salgado *de Regia protect. p. 2. cap. 29. n. 31.* y Scacia *de Appellat. quæst. 11. art. 7. n. 166.*

4. La conclusion, que se propone en el epígrafe de este capítulo, se probará por dos medios, uno de razon, y otro de autoridad. Para el primero se supone, que todas las Leyes y los Cánones miran como causa primitiva en la ordenacion, decision y execucion de los pleytos el interes público, de que se eviten ó acaben con la brevedad posible, á ménos costa y trabajo de las partes. Esta es una proposicion de notoria verdad, calificada con las leyes que tantas veces se han repetido en estos Apuntamientos, así en los principios, como en el progreso, determinacion y execucion de las causas.

5. El que pide y demanda sus derechos, debe hacerlo necesariamente ante el Juez del reo, prefiriendo en las causas civiles el de su domicilio. Porque si confiesa en su contestacion la deuda y obligacion que pretende el actor, queda mas expedita la execucion y cumplimiento, pues el reo tiene mas á mano dentro de su casa los medios de satisfacerla, y logra al mismo tiempo el actor el fin de sus deseos, excusándose uno y otro de dilaciones y gastos.

6. Si niega la demanda, ó pone excepciones que dilaten su curso, la elidan, ó la modifiquen, probará mas fácilmente su intencion; y si no lo hiciese en suficiente forma, será tambien mas pronta la execucion de la sentencia por el mismo Juez Ordinario de la causa.

7. Estas son las principales que consideráron los derechos para no sacar á los demandados del fuero de su domicilio, como se expresa y dispone en la *ley 32. titul. 2. Part. 3.: ley 21. tit. 5. lib. 2. de la Recop.: ley 2. Cod. de Jurisdict. omn. judic. Cap. 8. ext. de Foro comp.*

8. El que se causa y radica en el Lugar donde exîsten y se administran los bienes, (ya pertenezcan al Público, ó á particulares) para dar en él la cuenta y razon, y que conozca de sus partidas, agravios y liquidaciones el Juez Ordinario de aquel Lugar, es mas poderoso que el mismo fuero del domicilio, y excluye el que pudiera tener el Administrador, ó el que le demanda como persona miserable, para avocar á la Curia Real el conocimiento de estas causas, ni tampoco aprovecha á los labradores el general que gozan, para no ser extraidos fuera de su domicilio.

9. La fuerza de esta disposicion consiste en que allí donde se administran los bienes se pueden justificar mas fácilmente los fraudes, con que haya procedido el Administrador, y la buena fe y exâcta diligencia en el cumplimiento de su encargo, haciéndose mas expedito y seguro el conocimiento de semejantes causas, y de ménos costo á las partes la execucion de la sentencia que se diere. Así se expresa en las *leyes* 1. *y* 2. *Cod. Ubi de ratiociniis*, concluyendo con la cláusula siguiente: *In quo, et instructio sufficiens, et nota testimonia, et verissima possunt documenta præstari.* Lo mismo se dispone en la *ley* 32. *tit.* 2. *Part.* 3., en la *limitacion* 14. *ley* 11. *tit.* 14. *lib.* 9. *de la Recop.*, cuyas disposiciones siguen con uniformidad los Autores, señaladamente Escob. *de Ratiocin. cap.* 7. Covarrub. *Practicar. cap.* 10. *n.* 4. *vers.* 4. Carleval *de Judiciis tit.* 1. *disput.* 2. *n.* 168. 651. *y* 1141.

10. Por la misma razon de ser mas fácil probar los delitos en el Lugar donde se cometen, y mas conveniente á la Justicia y al interes de la causa pública executar allí la sentencia en que fuéron condenados sus autores, hacen las leyes mas poderoso y preferente este fuero, de que trata largamente Carlev. *de Judiciis tit.* 1. *disput.* 2. *quæst.* 7.

11. Si en el principio de las causas, así civiles, como criminales, se mueven las leyes á preferir para su conocimiento al Juez, que mas fácilmente, y con ménos da-

ño de las partes puede acabarlas, la misma razon general observan en todo su curso, no solo por el que tienen en las apelaciones, si no tambien en el término de su execucion, que es el punto que por estos medios se puede demostrar, para radicar y hacer privativa de los Jueces de primera instancia la execucion de las sentencias, que dieren los Superiores por via de apelacion, ó por qualquiera otro recurso.

12. Las apelaciones, aunque son tan recomendables por lo que tocan á la natural defensa de los que litigan, deben ser llevadas precisamente ante los Jueces superiores inmediatos, sin invertir el órden, ni omitir los medios de su graduacion, como se dispone en la *ley* 18. *tit.* 23. *Part.* 3., y en el *cap.* 66. *de Appellationib.*, cuya observancia recomendó muy estrechamente el Consejo en su Carta circular de 26. de Noviembre de 1767. al n. 11.

13. Y aunque en estas disposiciones tienen los Jueces superiores algun interes por su jurisdiccion, y por el honor que les es debido, consiste el principal en el que logra la causa pública por la brevedad de los recursos con ménos dispendio de las partes, que es lo que siempre se busca.

14. Por los mismos respectos de utilidad pública, brevedad y fácil expedicion de las causas, á ménos costa de los que litigan, dispone la *ley* 5. *tit.* 1. *lib.* 4., que los Jueces Eclesiásticos no citen á los legos para la cabeza del Obispado, habiendo otros Jueces inferiores; y en el *auto acord.* 1. *tit.* 2. *lib.* 3. se encarga al Obispo de Tarazona ponga en los Lugares, que hay de su Obispado en estos Reynos, Vicario que conozca entre los vecinos y naturales de ellos.

15. En las comisiones que se diéron, para conocer de las causas fuera de la Curia, por su Santidad ó por el Nuncio, se tuvo en todos tiempos gran cuidado de no alejar de sus dominios á los litigantes, para que pudiesen defender y justificar mas cómodamente sus derechos. La experiencia hizo conocer la malicia, con que al-

algunos litigantes obtenian Letras de su Santidad para Jueces distantes del Obispado, en que se habia conocido de la causa, produciendo los graves daños que tuvo muy en consideracion el Concilio Lateranense IV. celebrado en tiempo de Inocencio III.; y para enmendarlos, dispuso en el Canon 37.: Que ninguno pudiera sacar á mas distancia de dos dietas de su respectiva Diócesis á los litigantes, á no convenirse las mismas partes, repitiéndose esta Constitucion en el *cap.* 28. *de Rescriptis.*

16. Bonifacio VIII. estrechando mas este propósito, de que se conociese de las causas en los mismos Obispados de los que litigan, ó á la menor distancia posible, dispuso por su Constitucion del año 1302., recopilada en el *cap.* 11. *de Rescrip. in sext.*: Que siendo el actor y el reo de una misma Ciudad ú Obispado, no se cometiese su causa á Jueces fuera de él, á ménos de concurrir alguno de los impedimentos que refiere la citada Constitucion, y que en este caso no pudiera exceder la distancia de una jornada desde los fines del Obispado: que siendo de diversos el actor y el reo, no acomodándose el primero á tomar Juez dentro del Obispado del reo, no pueda tampoco hacerlo dentro del suyo, cometiéndose entónces la causa al que residiese fuera de los dos Obispados, con tal que la distancia del Lugar del juicio no exceda de una dieta.

17. En el Breve expedido por el Papa Clemente XIV. en 26. de Marzo de 1771. para erigir el Tribunal de la Nunciatura Española, encarga muy estrechamente al Nuncio, observe, en quanto sea posible, lo dispuesto por los Sagrados Cánones y Concilios, que prohiben se extraigan sin graves causas de sus respectivas Provincias los pleytos y los litigantes; y con este importante fin dispone en el artículo 7. del citado Breve, que las causas de los exêntos, de que ántes conocia en primera instancia en su Tribunal, las deba cometer en lo sucesivo á los Ordinarios locales, ó á los Jueces Sinodales de las mismas Provincias, reservando la apelacion á la Nunciatura; y por

por lo respectivo á las demas causas que vinieren á este Tribunal en grado de apelacion, las deba cometer á los Jueces Sinodales de la Diócesis, ó á la nueva Rota, consideradas todas las circunstancias de las enunciadas causas, de las personas y de las distancias de los Lugares.

18. Si en todo el progreso de los juicios se mira como principal objeto la brevedad, la comodidad y menor dispendio de las partes, poniéndoles cerca los Tribunales, para que defiendan y justifiquen sus pretensiones: ¿qué razon podrá hallarse para que la execucion de los mismos litigios, que es la parte principal que llena los deseos de los que litigan, se trate fuera del Tribunal de los reos que deben cumplir las sentencias; y que se los obligue á salir fuera de su casa á largas distancias, para proponer y justificar las excepciones que puedan elidir, modificar, ó impedir el curso de este juicio executivo, pudiendo hacerse mas cumplidamente ante el mismo Juez Ordinario que conoció en primera instancia de la causa?

19. Si las razones indicadas en esta primera parte convencen la necesidad y utilidad de que la execucion de las sentencias se haga por los Jueces Ordinarios, las autoridades y las leyes confirmarán el propio pensamiento, que es el segundo punto de este discurso.

20. La *ley* 5. *tit.* 17. *lib.* 4. dispone y manda: "Que »quando de los Jueces inferiores viniere ante los del »nuestro Consejo, ó ante los nuestros Oidores el proce»so en grado de apelacion, de que uviere avido prime»ro dos sentencias conformes de grado en grado, que »seyendo confirmadas en el nuestro Consejo, ó por el »Presidente, y Oidores de la nuestra Audiencia las di»chas dos sentencias, por manera que aya tres sentencias »conformes, que de la tal sentencia no pueda ser supli»cado, ni aya grado de revista; *mas que luego se dé dellas »nuestra carta executoria.*"

21. La cosa juzgada, de que se trata en esta ley, se causó por las sentencias del Consejo, ó de los Oidores,

y sin embargo limita su autoridad á que dén carta executoria, sin reservarse la execucion de las sentencias, manifestando en esto haberla dexado al conocimiento y facultad del Juez Ordinario.

22. Esto, que al parecer queda en el concepto de argumento, se demuestra con la disposicion positiva que contiene la *ley 6. del prop. tit. y lib.*, cuyo epígrafe dice: "Que la sentencia que fuere confirmada por el Superior, »ó pasada en cosa juzgada la execute el Juez que la dió:" y en el cuerpo de la ley se dispone: "Que despues que »el juicio, que se diere por el Alcalde, fuere confirma»do, ó pasado en cosa juzgada, que el Alcalde, que die»re el juicio, lo haga cumplir, y executar hasta terce»ro dia, si fuere sobre raiz, ó mueble, que no sea de di»neros; y si el juicio fuere dado sobre dineros, hágalo »el Alcalde executar hasta diez dias." Dos veces encarga la execucion de la sentencia confirmada por el Superior al Alcalde que la dió, que es el Juez Ordinario de primera instancia. Compara la sentencia que es pasada en cosa juzgada, por no haberse apelado de ella, con la que es confirmada por el Superior; y no pudiéndose dudar que la execucion de aquella toca privativamente al Juez Ordinario que la dió, como se ha fundado en los preliminares de este discurso, tampoco puede haber duda en la execucion de la segunda.

23. La *ley* 33. *tit.* 4. *lib.* 3. manda: "Que si algun »pleyto de execucion viniere en grado de apelacion, y »confirmare el Alcalde mayor la sentencia, remita la exe»cucion al inferior, y no la haga él."

24. La *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. trata de las apelaciones que por su corta cantidad deben ir á los Regimientos, y dexando establecido el término para substanciar esta segunda instancia, y dar la sentencia por dos Regidores del Concejo, con el Juez que dió la de primera instancia, continúa con la siguiente disposicion: *Y lo que estos así determinaren, sea firme, y executado por la Justicia ordinaria*; repitiendo segunda vez, que el Corregidor ó Justi-

ticia del Pueblo execute la pena de 10Ə. mrs. y las costas, en el caso que se deban imponer.

25. La *ley* 13. *tit.* 20. *lib.* 4. dispone: Que siendo confirmada en grado de revista, ó segunda suplicacion, la sentencia que dieren los Oidores interesados en la tercera parte de las 1500. doblas, se les dé por el Presidente y Oidores, "carta executoria en forma, para que »ellos ayan, y cobren las dichas 500. doblas, que á ellos »pertenescen."

26. Si el Presidente y Oidores han de dar la carta executoria de la sentencia que fué dada en grado de la segunda suplicacion, es evidente que á los mismos Oidores, que fuéron los Jueces de primera instancia, pertenece la execucion de la sentencia que diéron, y fué confirmada en la revista de la segunda suplicacion, y que á este fin se les devuelven los autos originales, sin los quales no podria darse la carta executoria á los Oidores, ni á las partes principales.

27. La execucion y observancia de esta ley se habia interrumpido en el Consejo, reteniendo los Escribanos de Cámara los autos originales que venian á él en grado de segunda suplicacion, y expidiendo la executoria no solo á las partes principales, á cuyo favor se daba la sentencia, si no tambien la correspondiente á los Oidores interesados en la tercera parte de las 1500. doblas.

28. De la inobservancia y contravencion á la citada *ley* 13. *tit.* 20. *lib.* 4. se trató seriamente en el Consejo pleno, y oidos los Señores Fiscales, y exâminado el expediente con la mas detenida reflexîon con asistencia de 22. Ministros, se declaró por auto de 24. de Marzo de 1773.: Que todos los procesos que vengan de las Chancillerías, y Audiencias al Consejo, en el grado de segunda suplicacion, deben volverse á ellas á costa de la parte que introduxo el grado, en caso que por el Consejo se confirme la sentencia de revista dada en ellos, y tambien aunque se modere en parte, siempre que se verifique la condenacion de las 1500. doblas, debiendo acompañar

ñar á dichos procesos certificacion de la sentencia del Consejo, para que con vista de todo se libren las correspondientes executorias por las Chancillerías y Audiencias, á las quales se mandó despachar Cédula de esta determinacion; y que sin retardacion de su práctica y cumplimiento volviese el expediente á los Señores Fiscales, para que expongan lo que tengan por conveniente, en quanto, á si revocadas por el Consejo las sentencias de revista, y dada por el mismo la executoria, se han de volver ó no los procesos á las Chancillerías y Audiencias de donde viniéron.

29. Libradas con efecto las Reales Cédulas que previene el citado auto, se ha observado y cumplido desde entónces puntualmente en la parte dispositiva que contiene, sin embargo de la contradiccion que posteriormente hiciéron los Escribanos de Cámara del Consejo, pretendiendo se reformase por contrario imperio, ó como mas hubiese lugar, el citado auto, y se les reintegrase en la posesion quieta y pacífica, en que se hallaban de tiempo inmemorial, de despachar por sus oficios en uno y otro caso las executorias de los grados, reteniendo los autos originales.

30. Este nuevo incidente no ha tenido curso desde el mes de Enero de 1775., y continúan las Chancillerías y Audiencias en la práctica de lo que dispone el citado auto de 24. de Marzo de 1773., convenciéndose con tan respetable autoridad, que el Juez superior que confirma las sentencias, no las executa, ni aun expide las executorias; pues uno y otro se reserva al inferior que dió la sentencia, que mereció ser confirmada.

31. La *ley* 27. *tit.* 23. *Part.* 3., tratando del Juez superior, á quien se ha recurrido por apelacion, ó por otro qualquier medio, dispone lo siguiente: "E si fallare que »el juicio fué dado derechamente, dével o confirmar, é »condenar á la parte que se alzó, en las costas que su »contendor fizo, segun es costumbre de nuestra Corte, »é embiar las partes antel primero Juez que las judgó,

»que cumpla su juicio, ó ande adelante por el pleyto »principal, quando el alzada fuere tomada sobre algun »agraviamiento."

32. El Consejo en Sala de Provincia conoce por apelacion de los autos, que determinan difinitivamente los Alcaldes de Corte en los Juzgados de Provincia, y los Tenientes del Corregidor de Madrid; y su sentencia, ya confirme, ó revoque la de primera instancia, se tiene por de revista, y hace cosa juzgada; pero se devuelven siempre para su execucion los mismos autos al Juez inferior. *Ley* 20. *tit.* 4. *lib.* 2.: *ley* 16. §. 17. *tit.* 6. *lib.* 2.: la 18. *del mism. tit. y lib.*: la 27. *tit.* 8. *del prop. lib.*; y el *aut.* 3. *tit.* 18. *lib.* 4.

33. Como en este discurso se trata solamente de la execucion de la cosa juzgada, la qual se causa por la confirmacion de las sentencias anteriores, no entra en la qüestion el caso de que sean revocadas; y por esta razon, y hallarse pendiente su resolucion, en los grados de segunda suplicacion, del expediente que se ha insinuado, omito de intento exâminar este punto, para evitar al mismo tiempo la discusion prolixa que necesitaria, y podrá hacerse mas oportunamente en otro lugar.

34. Aunque parecia que en materia tan clara y decisiva no entrarian los Autores á confundirnos con sus opiniones arbitrarias, ha sucedido lo contrario. Scacia, *en su tratado de Appellationib. q.* 11. *art.* 7. *desde el n.* 162., y Salgad. *de Reg. protect. part.* 2. *cap.* 29. *n.* 1. *y siguientes*, establecen la opinion de corresponder al Juez de apelacion, que confirma con su sentencia las anteriores, la execucion de la cosa juzgada y la expedicion de la carta executoria. Estos dos Autores, con otros que refieren, no hacen uso para fundar su opinion de las leyes del Reyno que se han referido; y este es un defecto capital en los que escriben para la direccion y decision de las causas en los Tribunales de España; pues invirtiendo con desprecio el órden de las leyes, que necesariamente se deben seguir en la ordenacion y determinacion de ellas (co-

(como se dispone en la *ley 3. tit. 1. lib. 2.*, y en el *aut. 1. del prop. tit. y lib.*), defraudan á los Profesores y á los Jueces de estos útiles conocimientos, envolviéndolos en confusas y sutiles disputas, deducidas de las leyes de los Romanos, y de las glosas que hiciéron sobre ellas los Autores, que ó no tuviéron noticia de nuestras leyes patrias, ó las han tratado con un estudio pasagero, sin detenerse en el exâmen de su fondo y verdadera inteligencia, autorizada muchas veces por los Tribunales.

35. Fúndanse los referidos Autores en que la accion de cosa juzgada nace de la última sentencia, y no de las anteriores que se confirman; y añaden en prueba de esta proposicion, que el efecto de las primeras sentencias quedó extinguido con su respectiva apelacion.

36. La primera proposicion la toman de la *glosa* á la *ley 6. §. 1. ff. de His qui notant. infam.*, y la segunda intentan fundarla en la *ley final ff. ad Senatusconsult. Tertylian.*; y como estas dos autoridades sean tan débiles, no pueden ser muy sólidas las opiniones que se fundan en ellas.

37. La cosa juzgada no se forma de la última sentencia que confirma las anteriores, como de causa única y principal, si no que uniendo su efecto con el que produxéron las anteriores sentencias, uniformes en el dictamen de los Jueces, vienen á ser las tales sentencias unas causas parciales, que completan con igualdad la cosa juzgada, como se expuso y fundó en el capítulo quarto de esta segunda parte, convenciéndose el error de atribuir la accion de cosa juzgada á la sola última sentencia confirmatoria de las anteriores, cuyo efecto no fué extinguido por la apelacion, como suponen los referidos Autores, si no suspendido en la parte de su execucion, y permanente en lo dispositivo, influyendo una presuncion y probabilidad bastante apreciable del buen derecho y justicia de la parte que obtuvo las sentencias primeras; y fortificando cada una de ellas esta prueba, hasta que con la tercera se elevó á ser notoria. Con

sola esta reflexîon se destruye la segunda proposicion de estos Autores.

38. Puede añadirse en mayor demostracion de este pensamiento, que la sentencia dada en primera instancia por el Juez Ordinario merecia executarse por sí sola, si constára por notoriedad su justicia; pues entónces seria desechada como frívola qualquiera apelacion, y quedarian íntegros y permanentes todos los efectos de la sentencia. Si no sucede así, es porque el derecho no ha confiado tanto del juicio de un solo hombre, ni aun de muchos que concurren á dar la sentencia; y por la duda de que sea justa y arreglada, se permite su apelacion ó súplica, viniendo á demostrarse, que la primera sentencia se sujeta al juicio de los Superiores, para que remuevan la duda de si es ó no justa; y su confirmacion contiene una declaracion, en cuya virtud se aparta aquella duda que concibió la parte que apeló. Por este medio va quedando la primera sentencia libre del agravio que se motivó para dar lugar á la apelacion, y suspender el cumplimiento y execucion de lo mandado en ella, retrotrayéndose las declaraciones, ó sentencias posteriores, al punto en que fué dada la primera, y restringiéndose la materia de la apelacion, que fué el agravio que motivó el que la interpuso; verificándose en esto aquel axîoma: *tantum devolutum, quantum appellatum.*

39. Esta es una observacion sencilla, que pone en suma claridad el efecto de la primera sentencia, y el movimiento y curso que debe tener en su execucion, luego que es removido el impedimento que la detuvo; conconcluyéndose con estas pruebas, que la sentencia que se executa, es la primera, y que debe hacerlo el Juez que la dió en uso de sus facultades.

40. Con esta propia consideracion se convence y satisface al segundo fundamento, que alegan Scacia y Salgado en los lugares citados, para sostener su opinion, reducido á que no se divida la continencia de la causa, queriendo persuadir que por haber preocupado el Juez

su-

superior la jurisdiccion, para conocer de ella en la segunda ó tercera instancia, no puede dividirse el conocimiento de su execucion.

41. Queda demostrado que el Juez Ordinario preocupó su determinacion, para conocer y determinar la misma causa, y si no se le permite la execucion de su sentencia, se dividiria la continencia en el dictamen de los referidos Autores, concurriendo á favor del Juez Ordinario dos proposiciones elementales: Una reducida á que: *Qui prior est tempore, potior est jure*; y otra á que: *Ubi cœptum est semel judicium, ibi et finiri debet.*

42. Omitiendo otras dudas de pura sutileza, que excitan los Autores citados, vienen á decir: que quando las partes piden la execucion *officio judicis*, deben hacerlo ante el Juez superior que confirmó las sentencias anteriores, de quien es privativo este conocimiento por sí, ó en virtud de sus requisitorias; pero que intentándose la execucion por la accion *judicati*, ó *in factum*, compete al Juez inferior ordinario del reo el que haya de cumplir la sentencia.

43. Aunque esta distincion de voces no se acomoda bien á la sencillez con que debe buscarse la verdad, y hacerse lo mas útil y ventajoso á las partes que litigan, y á la causa pública, conviene explicar lo que quieren decir dichos Autores; y está reducido á que si la parte, que obtiene la sentencia, pide su carta executoria al Juez superior que la dió, puede acudir con ella al Ordinario del reo que la debe cumplir; pues como la sentencia, que contiene la executoria, va calificada con un instrumento público, produce execucion en los términos que explica la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* Y este es el caso, en que en el concepto de los Autores citados se pide la execucion en uso de la accion *judicati*, ó *in factum.*

44. Quando solicitan las partes, que el Juez que dió la última sentencia confirmatoria, la mande llevar á execucion, entónces dicen los referidos Autores, que se exci-

cita el oficio del Juez, y que puede y debe despacharla, entendiendo por sí solo en la execucion, ó remitiendo sus requisitorias á otros Jueces.

45. Las leyes del Reyno, que se han referido en la primera parte de este discurso, y las razones que tambien se han expuesto en demostracion de la utilidad y ventajas que se logran, executándose las sentencias por los Jueces Ordinarios que diéron la primera, que se confirma, convencen que quando pudieran tener lugar los dos medios que insinúan dichos Autores, se debe reducir el uso de ellos al mas expedito y mas favorable al reo, sin perjuicio del que solicita la execucion, porque así lo dicta la justicia y la equidad, y lo recomiendan todas las leyes, como primer objeto de su establecimiento.

46. Del tiempo y plazo en que ha de empezar la execucion, que nace de la cosa juzgada: del curso que debe llevar: excepciones que puede recibir, así de las propuestas por los litigantes, como por otros, se tratará en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO XIII.

En que tiempo podrá el Juez proceder á executar la sentencia, que es pasada en cosa juzgada.

1. Las leyes no oprimen con violencia á los que deben cumplir los mandamientos de los Jueces. Siempre usan de equidad y templanza, concediéndoles plazos proporcionados, para que puedan executarlos por los medios ménos gravosos: porque se interesa mucho la causa pública, en que se favorezca á los reos en todo lo que es compatible con el interes de los que obtienen sentencias favorables; y á veces permiten que sufran estos algun ligero perjuicio, para relevar á los deudores de otro mas grave, que les resultaria de la acelerada execucion de sus obligaciones.

Es-

2. Este es el sistema general que disponen las leyes, y observan los Tribunales. La *ley 6. tit. 17. lib. 4. de la Recóp.* ordena y manda, que el juicio que es dado sobre paga de dineros, siendo pasado en cosa juzgada, lo haga executar el Alcalde hasta diez dias, y si fuere sobre raiz ó mueble, hasta tercero dia.

3. La *ley 7. tit. 3. Part. 3.* señala los mismos diez dias al demandado que confesó la deuda, para que pueda cumplir con el pago de ella. Lo mismo se establece en la *ley 5. tit. 27. Part. 3.*; y con respecto al juicio, que es dado sobre entrega ó restitucion de alguna cosa cierta, dispone *que se cumpla luego.*

4. Aunque esta expresion, de *que se cumpla luego*, parece que excluye todo término y plazo, y que el Juez puede compeler al reo por apremio, y otros remedios de derecho, á que entregue y restituya los bienes contenidos en la sentencia desde que es pasada en cosa juzgada, no puede ni debe acelerar sus apremios, sin que pase aquel término suficiente á que por sí pueda cómodamente cumplir el reo la sentencia, permitiéndole á lo ménos el de tercero dia, si estuviesen los bienes en su poder, ó el de diez, si fuere sobre dineros. Esta inteligencia es conforme á lo que dispone en el propio caso la citada *ley 6. tit. 17. lib. 4.*; y la misma se debe dar á la *ley 3. del prop. tit. y lib.* Por ella se manda, que quando algun pleyto fuere determinado en la Audiencia, *sea luego* la tal sentencia executada.

5. Los juicios sumarios y executivos no reciben excepciones dilatorias, ni perentorias que pidan prolixo exâmen; pero las que propongan las partes, siendo legítimas, y ofreciendo probarlas *incontinenti*, deben ser admitidas; y aunque la palabra *incontinenti* manifiesta igual ó mayor celeridad que la *de luego*, se concede no obstante un término breve al que se ofrece á probar *incontinenti* sus excepciones, para que lo haga, como que viene este plazo por su naturaleza, pues sin él no se podria verificar la prueba ofrecida, como tampoco el pa-

go

go de la cantidad, en que fuese condenado por la sentencia pasada en cosa juzgada, ni la entrega de los bienes, si no se le diese aquel término suficiente á la execucion de lo que se le manda.

6. De la primera parte relativa á la excepcion que se ofrece probar *incontinenti*, y del término brevísimo que para ello se concede á la parte, trató el Señor Don Francisco Salgado, *de Reg. part.* 4. *cap.* 7. *n.* 56. *al* 60., comprobando su opinion con la de Scacia, *de Appellationib. q.* 11. *n.* 68. *y siguientes.*

7. Con la misma equidad que nuestras leyes, procedieron los Romanos en el señalamiento de plazos para cumplir los juicios, siendo en este punto mas indulgentes, como se observa en la *ley* 21. *ff. de Judiciis*: en la 31. *de Re judicat.*: en la 1. *Judicat. solvi*; y en las 2. y 3. *Cod. de Usuris rei judicatæ.* Lo mismo se dispone en el *capit.* 26. *de Offic. et potest. judic. delegat.*; y en el *cap.* 15. *de Sententia, et re judicata.*

8. Los plazos de diez dias para pagar la deuda de dineros, y los tres para entregar los bienes á que es condenado el reo, proceden por una regla comun de considerarse siempre necesarios, para que puedan cómodamente cumplir los juicios; pero no impiden al Juzgador que les pueda prorogar los enunciados términos, concediéndoles los que estime suficientes, consideradas todas las circunstancias de las causas y de las personas. Porque si fuese crecida la cantidad de dineros que debe pagar el deudor, y pareciese al Juez que no podrá proporcionarla en el término de los diez dias, sin grave daño del mismo deudor, es justo y conveniente que le prorogue aquel término, haciendo lo mismo, quando no tiene á mano los bienes que ha de entregar, y necesita mas tiempo que el de tres dias para executar la entrega al dueño de ellos. Esto es lo que dispone la *ley* 7. *tit.* 3. *Part.* 3.: la 5. *tit.* 27. *de la misma Part.*: la 31. *ff. de Re judicat.*; y el *Cap.* 15. *ext. eodem tit.*

9. En las referidas leyes se observan dos diferencias: Una,

Una, con respecto á la naturaleza y calidad de los juicios; pues en el que se da sobre paga de dineros, es mayor el plazo de los diez dias, que el de tres que se concede al que ha de entregar los bienes muebles ó raices: porque no es tan fácil cumplir lo primero, como executar lo segundo.

10. La segunda diferencia consiste en que dichos plazos no exîgen caucion ni seguridad de fianzas, porque el daño de estas cortas dilaciones es momentáneo, y sin riesgo de que se acreciente; pero no sucede así quando se prorogan y conceden otros mayores, pues entónces se ha de asegurar el interes del acreedor, ó del dueño de los bienes con buenos fiadores, segun dispone la citada *ley* 5. *tit.* 27. *Part.* 3.; lo qual es muy conforme al *aut.* 79. *tit.* 4. *lib.* 2. que previene, que en el caso de acordar el Consejo la moratoria de que trata, sea con la calidad de dar fianzas, á satisfaccion de los acreedores, para la paga de sus créditos, pasado el tiempo de la concesion. Lo mismo se halla dispuesto en la *ley* 6. *tit.* 10., y en la 33. *tit.* 18. *Part.* 3.

11. Aunque las citadas leyes señalan el medio de dar buenos fiadores, en el caso de que se concedan mayores plazos para cumplir lo juzgado, el fin es asegurar el interes de los acreedores, y el de los dueños de los bienes que los deben recibir. Muchas veces hallan los Jueces otras precauciones de igual efecto, y ménos gravosas á los deudores, y á los que han de restituir los bienes, atendida la calidad de las personas, la entidad de la deuda y de las cosas que deben restituirse; pues formando el Juez probable dictamen de que cumplirá el reo sus obligaciones al plazo que se le concede y proroga, ya porque tenga quantiosos bienes y rentas, y solo halle la dificultad de habilitar dineros, ó entregar los bienes que manifiesta tener en distantes lugares, ó ya porque subsistiendo alguna parte de ellos embargada, queda por este medio asegurado el cumplimiento del juicio, no le grava entónces con la fianza, como he observado muchas veces en los plazos

y moratorias que concede el Consejo, sin dar traslado á los acreedores, ni exîgir fianzas del deudor; de cuyo medio se usa solamente en los casos que no manifiestan desde luego la justa causa con que se solicita la espera, concurriendo ademas el ser la cantidad grande, y los plazos que se piden de mucho tiempo; pues entónces se comunica traslado á los acreedores, y se remite el expediente á la Sala de Justicia, en donde se trata y exâmina con audiencia instructiva la calidad de la instancia; y quando se estime que es de conceder la moratoria, preceden las fianzas.

12. Esta práctica manifiesta, aun en el caso particular que sirve de objeto á este discurso, que para prorogar los plazos de diez y de tres dias, señalados en las leyes citadas, se ha de instruir el Juez de las causas que se proponen, oyendo sobre ellas brevemente á los interesados, y tomando en su vista la oportuna providencia de prorogar los plazos, ó declarar no haber lugar á ello.

13. Los que señalan las referidas leyes, ó los que por el espíritu de ellas conceden y prorogan los Jueces, son de igual efecto á los que se establecen en los contratos por convencion y consentimiento de las partes; y en todos estos casos procede la regla, de que desde el punto que se celebran, y desde el mismo momento en que se les notifica la sentencia, que pasó en autoridad de cosa juzgada, es cierta la obligacion y la deuda, y solo se espera el último dia del plazo para pedirla. Estos dos extremos se explican en las leyes, aplicando al primero el efecto de haber cedido el dia de la obligacion, y al segundo el de haber venido, como se contiene en la *ley* 213. *ff. de Verbor. significat.*, y siguen con uniformidad los Autores, asegurando que durante el plazo está impedido el exercicio de las acciones, sean personales ó reales; y que si se usase de ellas en este tiempo, deben ser repelidas por excepcion de la parte, sufriendo ademas la pena, que imponen las leyes á los que piden mas de lo que se les debe. Esta es una proposicion declarada en la *ley* 42. *tit.* 2., y en la 9. *tit.* 3. *Part.* 3., y lo estaba igualmente por todo el derecho de

los

los Romanos, de que trató Vinnio en diferentes lugares, señaladamente sobre el §. 2. *Institut. de Verbor. obligat.*, en el 33. *de Actionib.* y en el 10. *de Exceptionib.*

14. Con respecto á todos estos principios, y en su conformidad proceden las leyes á señalar el órden de las execuciones, y previenen tres precisas circunstancias. La primera, que se presenten al Juez que sea competente cartas y contratos públicos, y recaudos ciertos de obligaciones, compromisos ó sentencias: la segunda que la parte pida en vitud de ellas execucion; y la tercera, que las Justicias las cumplan y lleven á debida execucion, siendo pasados los plazos de las pagas, segun todo se expresa en las *leyes* 1. 2. *y* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.*

15. Está demostrado el tiempo en que la parte puede pedir que se execute y cumpla la sentencia, por tener expedita su accion. Resta ahora tratar del tiempo en que no podrá hacerlo, por haberla perdido en lo principal, ó en lo accesorio del efecto executivo.

16. Estos dos puntos recibirán mejores luces en su resolucion, exâminando primero si el que obtuvo sentencia favorable en el pago de alguna cantidad, ó en la restitucion de algunos bienes, puede usar, despues de la cosa juzgada, de la primera accion con que formó su demanda, ó de la que le resultó del juicio, ó de las dos simultáneamente y á su arbitrio.

17 La *ley* 19. *tit.* 22. *Part.* 3. dice: Que del juicio que se diese nace demanda á aquel por quien lo diéron, y que puede pedir la cosa hasta treinta años á aquellos, contra quienes fuese dado el juicio, é á sus herederos, y á qualquiera otro en donde la hallasen, si el que la tenia no pudiese probar mejor derecho. Igual disposicion contiene la *ley* 6. §. 3. *ff. de Re judicat.* ibi: *Judicati actio perpetua est, et rei persecutionem continet. Item hæredi, et in hæredem competit.* Esto mismo dice la *ley* 8. *Cod. de Reb. credit.*

18. Esta accion ó demanda, que nace de la cosa juzgada, es una misma en su especie con la que se propuso en el juicio; pero son diversas en el número, y se con-

servan mútuamente en su clase y en sus efectos, sin que la última extinga la primera: porque en el juicio hay un quasi contrato, por el qual se obligan los litigantes á cumplir la sentencia de los Jueces, de cuya causa nace la nueva accion y demanda; y como no se extiende su intencion á mudar la primera accion, sino á mejorarla con la segunda consistente en la cosa juzgada, no puede tener entrada la novacion, como se manifiesta por los principios de esta materia, indicados principalmente en la *ley 29. ff. de Novationib.*, cuya doctrina siguen con uniformidad los Autores, señaladamente Salg. *Labyrint. credit. part. 3. cap. 16. n. 27. y 28.* Carlev. *de Judiciis tit. 2. disput. 1. desde el num. 1.*, fundados en la *ley 3. §. 11. ff. de Peculio*, en donde se establecen dos proposiciones que deciden los dos puntos de este resumen. En la una se dispone, que aunque el hijo de familias se hubiese obligado, ó fuese responsable por una causa ó título que no alcanzase, ó no fuese suficiente para obligar derechamente al padre en quanto al peculio profecticio, si fuese condenado el hijo en juicio, entra desde entónces la obligacion y responsabilidad del padre en la quota del peculio, por la nueva obligacion que induce la cosa juzgada, *ibi*: *Proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem.* Fúndase esta obligacion que produce el juicio, *ibi*: *Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi.* Y esta es la segunda proposicion de la ley.

19. De los delitos, ó quasi delitos, que cometen los hijos, no son responsables sus padres, aun en el peculio profecticio; pero si fuesen condenados en juicio al interes ó daño que hubiesen causado, nace entónces la accion de cosa juzgada contra los mismos padres; siendo este un exemplar que manifiesta la division de las dos acciones en su causa, como las explicó Vinnio sobre el §. 10. *Institut. tit. de Actionib. vers. Ex contractu n. 6.*

20. La union de estas dos acciones, y de qualesquiera otras, para demandar y pedir una misma cosa, y la concurrencia de diversos títulos para adquirir su dominio y de-

defenderle, no tiene incompatibilidad, pues que dexa al arbitrio del que las goza, el poder usar de la que le pareciere mas util, como lo explica muy al intento Olea *tit. 6. q. 7. n. 8. 9. y 20.*, y se prueba del §. 15. *Institut. de Legatis*, y de lo que en su comentario expone Vinnio; influyendo al mismo intento todo el *titulo de Dote prælegata en el Dig.*, pues se sostiene la union de la accion de dote y la del legado, por las mayores ventajas que lograba con esta la muger segun el derecho antiguo de los Romanos, y aun subsisten algunas despues del de Justiniano, suficientes á dar valor al legado de la dote.

21. Las acciones desde que nacen caminan á su muerte. Sus plazos son ciertos y de corta duracion: porque la personal muere á los veinte años; y la real hipotecaria, ó mixta á los treinta, si dentro de ellos no se hubiese usado. Así lo dispone la *ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop.*

22. Estas mismas acciones personal, real y mixta producidas en juicio, y calificadas en la sentencia con la autoridad de cosa juzgada, son el objeto de la segunda parte que se propone en este capítulo; y por esta razon conviene exâminar con mas detenida reflexîon, si perecerán á los veinte años ó á los treinta, no pidiendo en este tiempo la parte interesada su execucion, contando desde que pasó el plazo de los tres ó de los diez dias, y el que hubiese prorogado el Juez, segun y en los términos que se ha explicado, en conformidad á las leyes que tambien se han referido.

23. La accion ó demanda, que nace de la cosa juzgada, quando es confirmada la accion personal, perece á los mismos veinte años; y en esta parte está decidida la qüestion por la citada *ley 6. tit. 15. lib. 4.*; pues dispone que la accion personal, y la executoria dada sobre ella, se prescriba por veinte años y no ménos.

24. De la accion real hay tambien igual decision en la *ley 19. tit. 22. Part. 3.*, pues dice: "Que del juicio »que diese, nasce demanda á aquel por quien lo diéron: »de manera que puede demandar aquella cosa fasta treinta »años

»años, á aquellos contra quienes fuere dado el juicio, é á »sus herederos, é á quien quier otri que la fallase, si non »pudiese mostrar aquel que la demanda mejor derecho."

25. La enunciada *ley 6. tit.* 15. *lib.* 4. ofrece en su contexto pruebas repetidas de esta verdad. Supone en su principio la regla acerca del tiempo en que se prescribe la accion personal, y continúa con la siguiente limitacion: "Pero donde en la obligacion hay hipoteca::: la deu»da se prescriba por treinta años, y no ménos." Esta obligacion, que enuncia la ley, es sobre deuda, y solo produce una accion personal, y agregándosele el pacto ó convencion de hipoteca, que sirve de mayor seguridad al cumplimiento de dicha obligacion, nace una accion real dirigida á la cosa hipotecada, la qual es individua en su orígen y causa con la accion personal, que es la principal de aquel contrato; y aunque la hipotecaria se conciba como accesoria, teniendo por su naturaleza la duracion de treinta años, no podria sostenerse si caducase á los veinte la accion personal; y he aquí la razon sólida en que se funda esta primera limitacion á la regla antecedente.

26. Con mayor claridad se percibirá este pensamiento, si se consideran las dos acciones personal é hipotecaria como una sola mixta, por convencion de los contrayentes, y conteniendo dos partes, una correspondiente á la accion real, que impide y prohibe por su naturaleza la prescripcion de veinte años, exîgiendo necesariamente el de treinta, es mas poderoso su influxo que el de la ley, que permite y estima suficiente el de veinte para extinguir la accion personal, como demuestra el Señor Salgado *part.* 2. *de Regia cap.* 7. *desde el n.* 1., tratando de las sentencias que contienen dos qualidades individuas respecto de una misma cosa, una que permite la apelacion, y otra que la prohibe; pues decide en todo á favor de esta.

27 La segunda limitacion, que contiene la citada *ley 6.*, es reducida á la obligacion mixta de personal y real, como son las acciones *familiæ erciscundæ*, *communi divi-*

dun-

dundo, y *finium regundorum*; y siendo todas ellas personales por su orígen y esencia, y que solo participan con alguna impropiedad de la calidad de acciones reales, como se nota en los §§. 1. *y* 20. *Institut. de Actionib.*, y se explica latamente en sus respectivos Comentarios, no puede dudarse de la mayor dignidad y fuerza de la accion real, quando concurre con la personal, y no pueden separarse en su exercicio.

28. Antonio Gomez, exponiendo la *ley 63. de Toro*, que es la misma *ley 6. tit. 15. lib. 4. de la Recop.*, forma su tercera conclusion, reducida á que la accion personal con hipoteca de bienes se prescribe por 30. años, y da la razon: *Quia actio personalis corroboratur, et confirmatur ab ipsa hypotheca, ideo durat per majus tempus*; y aunque esta exposicion es bastante confusa, se percibe que la fundaria en las doctrinas y razones que con mayor claridad van indicadas, observándose igual obscuridad acerca de la accion mixta, de que trata este Autor en la conclusion quarta.

29. Queda bien demostrado para el intento de este capítulo el tiempo en que pueden usar las partes de sus acciones, y pedir la execucion de la cosa juzgada pasados los plazos de las convenciones, y los señalados por las leyes y por los Jueces, y ántes que hayan perecido las mismas acciones por efecto de la prescripcion, y por qualquiera otro título que sea capaz de extinguirlas.

30. Para concluir este capítulo en todas sus partes, se presenta la duda acerca de si las acciones, que resultan de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, ya se hayan dado sobre acciones personales ó reales, producidas en los respectivos juicios, se extingan y perezcan en sus efectos executivos con solo el tiempo de diez años, ó si conservan esta calidad por el de veinte y treinta, señalados á la duracion de las mismas acciones personales y reales.

31. No se duda, pues está demostrado por las leyes del Reyno que se han referido, que de la sentencia pasada

da en autoridad de cosa juzgada nace accion executiva, del mismo modo que nace de un instrumento público güarentigio, del privado reconocido por la parte, de la confesion judicial, y de las otras causas que refieren tambien las mismas leyes.

32. Igualmente debe suponerse, que el derecho de executar por obligacion personal se prescribe por diez años, siendo así que la misma accion dura veinte, segun dispone en estas dos partes la *ley 6. tit.* 15. *lib.* 4.

33. Para que se prescriba el derecho de executar la accion personal en los diez años indicados, ha de estar auxîliada del instrumento público güarentigio, y entónces nace la execucion en el punto de su otorgamiento, ó con el reconocimiento de instrumento privado, naciendo desde entónces lo executivo, y no en el tiempo en que se hizo dicho instrumento, y lo mismo sucede en la confesion judicial simple y clara de la deuda que no constaba de instrumento.

34. La duda, que ahora se propone, no recae sobre el derecho de executar los enunciados instrumentos y confesiones, ántes bien se debe suponer, que lo juicios en que se han dado sentencias sobre las acciones personales, reales ó mixtas, han sido ordinarios, y que lo executivo lo adquiriéron por la cosa juzgada, y desde ella empieza á correr el tiempo de su duracion y prescripcion.

35. En estos términos tratan los Autores, de si se prescribe el derecho de executar las sentencias pasadas en cosa juzgada con el silencio de diez años continuos, en que no se pida la execucion de ellas, ó si se mantiene la accion con la misma calidad de executiva por el tiempo de los veinte años ó de los treinta, suficientes á extinguir enteramente las referidas acciones.

36. Los Autores están varios en su opiniones. Unos admiten la primera, y otros prueban y defienden la segunda, como puede verse en los que refiere Carleval *de Judiciis tit.* 3. *disput.* 4. *n.* 6. *y siguientes.* Sus fundamentos no se exâminan prolixamente, porque el objeto de este

ca-

capítulo se reduce á probar el tiempo medio en que pueden executarse las sentencias, quando la accion está expedita, bien que me parecen mas sólidos los de la segunda opinion, y que se debe seguir en la práctica de los Tribunales; pues usando de las executorias en los tiempos que duran las respectivas acciones que contienen, corresponde que se hagan cumplir por la via executiva, sin que puedan admitirse otras excepciones, que las señaladas por las leyes que tratan de las entregas y execuciones. De estas, del órden y método de estos juicios, y de sus recursos y apelaciones, trataré por conclusion de esta materia en el capítulo siguiente.

PARTE TERCERA.

CAPÍTULO I.

De los excesos de los Jueces executores.

1. Habiéndose dado fin á la segunda parte de esta obra, en la que se ha tratado con extension y claridad de las sentencias, con la declaracion de los Jueces que deben executarlas; solo resta tratar del remedio que pueden tener las partes, quando ha intervenido algun agravio, ya en la substancia de las mismas sentencias, ó ya de parte de los Jueces executores. Si estos ajustan sus procedimientos al cumplimiento exâcto de la cosa juzgada, no tiene lugar la apelacion, ni otro recurso alguno, porque son entónces Ministros de la ley, que autoriza en esta clase la cosa juzgada, y la manda cumplir, como objeto principal de los juicios que los acaba, y pone en tranquilidad la República. Esta es una proposicion de notoria verdad, calificada por las *leyes del tit.* 27. *Part.* 3., y otras muchas que refiere en diferentes partes el Señor Salgado, señaladamente en la 4. *cap.* 3. *de Reg.*

2. Si excede de la cosa juzgada, ofende el derecho natural en las personas que no han sido citadas, ni oidas en juicio, y en las cosas que no han venido á él; y obrando con tan visible defecto de jurisdiccion, hace y comete notoria fuerza, y es consiguiente que puedan los oprimidos usar de los medios convenientes para defenderse, y redimirse de tales opresiones.

3. Por varios medios exceden los Jueces en la execucion de la cosa juzgada, y con respecto á diversos objetos; y aunque los Autores han intentado ponerlos en la debida claridad, no han logrado sin embargo sus fines.

4. El Señor Salgado lo observó oportunamente en la par-

parte 4. *de Reg. cap.* 8.; pues dexando sentadas hasta el núm. 55. las dos proposiciones indicadas al principio de este capítulo, de que de la execucion de la cosa juzgada no hay apelacion, y que solo se permite, y es legítima, excediendo el Juez executor; se acerca en el númer. 56. á señalar los casos especiales en que se verifican excesos, suponiendo haberse tratado esta materia por los Autores con bastante confusion: ibi: *Ut ad speciales, et practicabiles casus deveniamus, cum altius requiratur examen, ut clarius elucescant quæ apud DD. satis confusa reperiuntur, in quatuor examinandas distinctas resolutiones dividam*; y al fin del núm. 59. repite: *Ad quas quidem resolutiones reducere poteris varias, et dispersas DD. doctrinas, quæ nimiam aliter confusionem pariunt, et etiam doctos solent confusos reddere, et intrincare.*

5. Yo no hallo desempeñada la claridad que prometió este Autor, pues lo dilatado de los dos capítulos octavo y nono, en que trata de esta materia, bastaria para hacerla obscura y confusa, añadiéndose á esto la inversion del órden en el modo, con que debió exâminarla, empezando por los excesos relativos á las personas como mas dignas, y continuando los que corresponden á la cantidad, ó á las cosas, segun lo observó Justiniano en el §. 11. *Institut. de Jur. nat. gent. et civil.*

6. Su conocimiento se debe tomar de las mismas sentencias y de sus efectos. Así lo propone en el epígrafe del citado *cap.* 8. *An, et quibus casibus ab executore excedente, dum exequitur personas in executorialibus minime nominatas, nec virtualiter comprehensas; appellationi interpositæ non deferens, vim faciat, et quales ii sint casus, specifice monstratur.*

7. La primera resolucion, que propone al núm. 56., se reduce á la sentencia que es dada sobre accion personal, condenando al rèo á que pague al actor cierta cantidad; y debiendo cumplir este juicio el Juez executor con el precio de los bienes del mismo deudor, procede en este concepto á su venta, y se opone á la execucion

 un

un tercero, por razon del dominio ó de la posesion, ó de otro qualquiera derecho ó interes que pretenda tener en los bienes que se venden al deudor; y si el executor no oye al tercero opositor, ni le admite sus defensas, procediendo por la execucion adelante en la venta de los referidos bienes, hay exceso notorio, y le coloca el Señor Salgado en la clase de personal, respecto de dirigirse á las personas, que ni están nombradas, ni comprehendidas en la sentencia.

8. Yo atribuiria este exceso al que se comete en las cosas, porque el Juez executor las consideró propias del deudor, y procedió en este concepto á su venta; y si otro alguno las defiende por razon de su dominio, de su posesion, ó de qualquiera otro derecho, será un exceso que directamente se verifica en las cosas, pasando de las del deudor á otras agenas, y la opresion ó daño, que resulta al dueño de ellas, viene por una conseqüencia indirecta á encontrarse en todos los excesos de las acciones reales, porque siempre han de tocar en las personas.

9. Los excesos inmediatamente respectivos á estas se conocerán, teniendo á la vista las mismas sentencias, y considerando lo que acerca de sus efectos disponen las leyes: porque la execucion no es limitada á las mismas personas que litigáron, y fuéron expresamente condenadas al pago de la deuda, si no que tambien se extiende con igual virtud y eficacia á todas las otras personas que por la muerte del deudor han sucedido en sus derechos. Esta representacion las hace legalmente unas mismas, y las pone dentro de las sentencias que se diéron contra sus autores; como se verifica en los herederos, en los sucesores de los mayorazgos, en los Prelados, y en las Comunidades que litigáron, y fuéron condenados con estas calidades.

10. En el capítulo duodécimo de la parte primera traté y expliqué de intento los efectos de la sentencia difinitiva, y señalé su trascendencia á otras personas que ni habian litigado, ni estaban en la letra de las senten-

cias.

cias. Las mismas doctrinas se producen en el capítulo octavo de la segunda parte, tratando de los terceros opositores; y con reflexîon á lo expuesto en uno y otro se descubrirá fácilmente el exceso del executor en las personas no comprehendidas en la sentencia.

11. Al propio fin de poner en toda su claridad el exceso que inmediatamente toca en las personas, conviene dividir los procedimientos del executor en dos partes. La primera empieza con el embargo y traba de execucion en los bienes muebles del deudor, por el órden que señala la *ley* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* ibi: "Dé su »mandamiento de execucion : : :, mandando por él que »se haga la execucion en bienes muebles."

12. Si en este primer paso se metiese el executor en las casas de los que ni están nombrados, ni comprehendidos en la sentencia, á embargarles sus bienes muebles para el pago de la deuda, en que otro se halla condenado, será exceso notorio de persona á persona, considerando inmediatamente obligada al cumplimiento del juicio la que por ningun título fué comprehendida en él.

13. Quando no alcanzan los bienes muebles á cubrir la deuda, de cuya execucion se trata, se extiende el embargo á los raices del mismo deudor; y si en este segundo paso, señalado tambien en la citada *ley* 19., se hiciese el embargo en bienes del tercero, que no fué condenado, ni comprehendido en la sentencia, considerándole el executor obligado al cumplimiento del juicio, procederá con notorio exceso, igual al primero indicado; y le ratificará, si le notificare para que dé fianzas de saneamiento, ó en su defecto procediere á su prision; pues en qualquiera de estos actos procede con exceso, executando en una persona la obligacion que no tiene, y que no fué oida, ni vencida en juicio, y á quien no puede perjudicar por su naturaleza ó influxo, segun los casos y circunstancias, explicadas muy por menor en los capítulos anteriores.

Los

14. Los juicios, que se han seguido con los principales obligados, causan executoria de cosa juzgada, no solo con ellos, si no igualmente con los fiadores y abonadores, y otros de segundo órden; aunque estos no hayan sido citados, ni convencidos en el propio juicio.

15. Si el executor, omitiendo proceder contra el principal y sus bienes, lo hiciere contra los del fiador, será exceso de persona á persona: porque la obligacion del fiador es condicionada para el caso de que el principal no tenga bienes suficientes á cubrir su deuda; y hasta que se verifique con la execucion de ellos, no empieza la obligacion efectiva del fiador, ni le comprehende la sentencia.

16. Quando el deudor es condenado al pago de ciento, y el executor procede á la execucion de mayor cantidad, su exceso es notorio en esta parte, y da justa causa á la apelacion y recurso. Los herederos condenados al pago de la deuda del difunto, se entiende que lo son á prorata de la porcion en que han sucedido; y si el executor procede contra alguno á exîgirle mayor cantidad que la que le corresponde, comete igual exceso. Lo mismo sucede en los obligados de mancomun, que no lo son *in solidum*, segun y en los términos que acerca de estas proposiciones se han propuesto y explicado en los citados capítulos.

17. La segunda parte de la execucion, en que se han distribuido los procedimientos del Juez executor, consiste en la subhasta y venta de los bienes embargados al deudor en el concepto de pertenecerle. En este estado viene un tercero, exponiendo que los referidos bienes le tocan y pertenecen en pleno dominio, ó en el directo, ó en el útil, y solicita que el executor lo declare así, y se los restituya, suspendiendo la execucion que habia empezado. Si desprecia esta instancia, sin oirla en juicio ordinario, y procede sin embargo por la execucion adelante, excederá notoriamente el executor respecto de las cosas en que debe cumplir el juicio, que deben ser propias del

del deudor condenado, conforme á la *ley 3. tit. 27. Partid. 3.* y á otras del *tit. 21. lib. 4. de la Recop.*

18. Igual exceso hay, quando el executor no oye al tercero que funda su interes en la posesion de los bienes que se intentan vender, ó en qualquiera otro derecho que pretenda tener en ellos, ó en la preferencia al pago de su crédito en el precio de los referidos bienes, en el supuesto de no alcanzar los del deudor á todos sus acreedores.

19. De estos casos y otros semejantes tratáron con mucha extension Salg. *de Regia p. 4. cap. 8. y 9.*, y el Señor Covarrub. *Practicar. cap. 16.* con otros muchos Autores que refieren, inclinándose á la opinion de que en tales excesos tiene lugar la apelacion; pero consideran ser necesario que los terceros, que se oponen á la execucion, expongan sus derechos, las causas de que proceden, y que lo justifiquen á lo ménos con probanza semiplena *incontinenti*, y dentro de un breve término, para que sean oidos despues en juicio ordinario, suspendiendo entretanto la execucion.

20. Esta previa informacion, que exîgen los citados Autores para el fin explicado, la fundan en la *ley 3. títul. 27. Part. 3.*, en la qual se refiere y dispone: "Que »si por aventura, en cumpliendo el juicio, acaesciese con»tienda sobre las cosas que tomaban para facer la entre»ga; diciendo algunos, que eran suyas, ó que avian de»recho en ellas, é non de aquel contra quien fué dada »la sentencia: estónce deve el Judgador llanamente sa»ber verdad, si es como dicen; é si fallaren que es así, »deve dexar las cosas, é cumplir el juicio en las otras »del vencido, que fallare que son sin contienda." Igual disposicion se contiene en la *ley 15. §. 4. vers. Sed sciendum est. ff. de Re judicat.*

21. Pero como las enunciadas disposiciones deben ceder á la posterior, que en este punto contiene la *ley 41. tit. 4. lib. 3. de la Recop.*, que no tendrian presentes los referidos Autores, como lo observó oportunamente Parladorio *Rer. quotidianar. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. númer.*

mer. 57., siguiendo el propio concepto Carlev. *de Judiciis tit.* 2. *disput.* 8. *nn.* 10. *y* 11., logran los opositores el que, sin necesidad de dar sumaria informacion, sean oidas sus pretensiones, y recibidas á prueba inmediatamente con término ordinario, quedando entretanto, y hasta su decision, suspensa la execucion. Esto es lo que literalmente dispone la citada *ley* 41., y así está recibida en los Tribunales, y entendida generalmente por los Autores.

22. Pero se debe advertir, que quando la oposicion se funda en la posesion ó dominio, ú otro derecho real, á que estén afectos los bienes que intentan venderse al deudor, se detiene la execucion en aquel punto, en que la halla la oposicion del tercero; pero si este no produxese derecho real en los bienes, y sí el de preferencia al pago de sus créditos, correrá la disposicion de la ley, en quanto á ser oida, y recibir á prueba su pretension en juicio ordinario, continuándose la venta de los bienes executados; y su precio se depositará para hacer pago á los acreedores, por el órden de preferencia en que sean graduados por la sentencia difinitiva.

23. Esta diferencia se funda en que la venta de dichos bienes no perjudica á los acreedores, y así no tienen interes en detenerla, ántes bien se les habilita con ella su mas pronto y efectivo pago en el precio que debe depositarse en persona llana y abonada; pues aunque el Señor Salgado en la *part.* 4. *de Reg. cap.* 8. *n.* 65., conviniendo en que pueden venderse los bienes, quando el tercero funda su pretension en la preferencia de su crédito, es de dictamen que el precio de ellos se entregue al acreedor, á cuya instancia se libró la execucion, dando caucion depositaria de responder al acreedor de mejor derecho; en esta última parte se desvian los Tribunales de su observancia, y proceden á depositar el precio en persona abonada, que no tenga interes en el pleyto, evitando por este medio que el acreedor que recibia el dinero, aunque con la caucion depositaria indicada, no dilate maliciosamente el pleyto.

En

24. En un caso podrá tener lugar la doctrina de este Autor, y es quando atendidas las recomendables circunstancias del crédito, de cuya execucion y paga se trata, y las de aquellos que producen los terceros, se percibe á primera reflexîon la preferencia de aquel, y que no podrá superarse por los posteriores acreedores; y con solo este conocimiento instructivo condesciende el Juez á entregar la cantidad del crédito con la reserva y precaucion indicada, de que sea sin perjuicio del acreedor de mejor derecho; pues con la caucion que presta, queda siempre sujeto al mismo juicio, logra el beneficio que le puede producir el dinero que recibe, no se presume que usará de maliciosas dilaciones en el pleyto, por el buen derecho que ha manifestado; y los demas acreedores no sufren perjuicio alguno, ni aun en la dilacion de su pago, porque nunca se les haria hasta la sentencia difinitiva, y lo mas que podrian desear, seria que se depositase el producto de los bienes vendidos al deudor, cuya seguridad queda precavida por el medio equivalente de la caucion y fianza que da el acreedor, que en los términos explicados se presenta con mayor preferencia.

25. En la execucion de la cosa juzgada sobre restitucion de bienes es mas fácil conocer los excesos del executor; y habiendo tratado largamente de ellos los referidos Autores, omito ahora repetirlos.

CAPÍTULO II.

La parte executada, y los terceros coadyuvantes ó excluyentes, deben proponer sus excepciones y defensas en el juicio ante el mismo Juez executor, sin que puedan hacerlo en el Tribunal del Juez principal que dió la sentencia.

1. Los que litigan pueden hacer sus defensas, y proponer sus excepciones en dos tiempos: uno es en el juicio principal; y otro en el executivo, que procede de la sen-

tencia pasada en cosa juzgada. Por exemplo, pide el actor 100. rs.: confiesa el reo la obligacion en su orígen; pero alega la excepcion de paga, compensacion, pacto de no pedir, ú otras semejantes á las que señala la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.*; y exâminadas con la accion principal en aquel juicio, procede la sentencia, condenando al demandado al pago de la dicha cantidad, y se trata de su execucion, luego que es pasada en cosa juzgada, por alguno de los medios que se han referido. Entónces queda reducida la facultad del Juez executor al mero ministerio de hacer pago al acreedor en los bienes del deudor; y se considera y llama executor mero; pues no puede admitir las excepciones que fuéron propuestas, y decididas por el Juez principal.

2. Las acciones reales, que se dirigen á vindicar y recobrar los bienes, de que otros están en posesion, embeben al mismo tiempo por su naturaleza la restitucion de frutos que hayan producido, ó debido producir los mismos bienes; ya se pidan expresamente, ó ya se omita esta ampliacion. Si el actor al tiempo de su demanda, ó en el progreso del pleyto ántes de la prueba señalase la cantidad de frutos que solicita, vienen al juicio con la accion principal; y determinándose en la sentencia la porcion que debe restituir el poseedor de los bienes, ó la cantidad de su importe, el Juez requerido ó comisionado será por la propia razon executor mero.

3. Lo mismo sucede quando se demandan daños y perjuicios; pues si el actor los especifica y prueba, se determinan y comprehenden igualmente en la sentencia difinitiva, sin que el executor pueda oir excepciones algunas relativas á moderarlos ó liquidarlos.

4. Quando en los juicios principales no se han propuesto las enunciadas excepciones, quedan preservadas, y pueden usar de ellas las partes en la execucion de las sentencias, ya sea para modificar su condenacion, ó para liquidarla; debiendo hacerlo ante el executor que es mixto en estos casos y otros semejantes, y puede conocer de

las

las referidas excepciones, y determinarlas. Fúndase la facultad de los executores mixtos en la regla positiva y segura, de que el Juez principal, que delega ó manda su jurisdiccion á otro, le da toda la que le es necesaria para cumplir su mandamiento, y quiere que para llegar al fin use de los medios y antecedentes precisos. Esta es una proposicion generalmente recibida, que debió su orígen al Jurisconsulto Paulo en la *ley 5. §. 1. ff. de Ofic. ejus cui mandat. est jurisdict.*

5. Los terceros opositores solo tienen un tiempo para producir sus derechos y excepciones en la execucion de la sentencia pasada en cosa juzgada; pues no habiendo comparecido en el juicio principal por coadyuvantes, ni excluyentes, (en cuyo caso dexarían ya de ser terceros en el juicio executivo) vienen á él con estos dos respectos, pudiendo los primeros proponer aquellas defensas y excepciones que son permitidas á las partes que litigáron, porque hacen unas mismas personas en sus representaciones. Pero los que se presentan en calidad de excluyentes, usan libremente de todos sus derechos para impedir la execucion, y deben hacerlo ante el propio Juez executor, que siempre es y se considera mixto respecto de los terceros, aunque sea mero para las partes que litigáron, y expusiéron en el pleyto principal todas sus excepciones, lo qual no sucede en las de los terceros opositores, que vienen al juicio executivo para impedir que se embarguen y vendan sus propios bienes, ó se les perjudique en la posesion, ú otros legítimos derechos que tengan en ellos; pues si el Juez executor no traxese en su comision facultad y jurisdiccion suficiente para discernir si las personas y los bienes, en que intenta cumplir la sentencia, están libres de ella, se expondrán muchas veces á contravenir á su mandamiento, que es reducido á los estrechos límites de cumplirle en las personas nombradas ó contenidas en la sentencia y en sus bienes; y es justo se asegure en los que son agenos, para no excederse contra la intencion del Juez principal.

6. El Señor Covarrubias en el *cap.* 16. *de sus Prácticas n.* 5. decide con uniformidad esta qüestion, atribuyendo al executor mixto jurisdiccion competente para conocer de las referidas excepciones; y estima que las partes, ya hayan litigado, ó ya vengan como terceros excluyentes, deben proponerlas ante el propio Juez executor, sin que puedan hacerlo ante el principal que causó la executoria con su sentencia. Funda su opinion en que el tercero debe probar breve y sumariamente su derecho y excepciones, para detener la execucion, y que sean oidas y determinadas sus pretensiones, y tiene por cosa iniqua, que para este fin hubiese de recurrir al Juez que causó la executoria, porque se hallaria muchas veces á larga distancia; y reflexîona asimismo este Autor, que el tercero que se opone á la execucion, no está sujeto á la jurisdiccion del Juez principal que dió la sentencia.

7. Estas dos causas, aunque no son las principales con que se prueba y convence la autoridad del Juez executor mixto, para conocer de las enunciadas pretensiones de los terceros opositores, y si lo es la insinuada ántes, añaden alguna fuerza á la opinion referida; de donde se convence que aunque los terceros opositores sean admitidos desde luego sin informacion sumaria de su derecho, y detengan la execucion, recibiendo con respecto á ellos la causa á prueba, como sucede por lo dispuesto en la citada *ley* 41. *tit.* 4. *lib.* 3., corre sin embarazo la doctrina y opinion indicada á favor de los executores.

8. Salgado, *de Reg. part.* 4. *cap.* 3. *n.* 8. *y siguientes*, dice que el executor, que no admite las excepciones legitimas de los terceros opositores, suspendiendo la execucion de la cosa juzgada, procede con exceso, y es apelable en ambos efectos, haciendo en esto supuesto de que el executor puede y debe admitirlas; y que la parte que las propone no tiene necesidad de recurrir al Juez principal que manda executar su sentencia.

9. El conocimiento que debe tomar el Juez executor, quando se le encarga la liquidacion de frutos, y de las impen-

pensas y perjuicios en que es condenada alguna de las partes, y el que exîge el mismo incidente en caso de reservarlo el Juez, que conoció de la causa principal, toca á un nuevo juicio ordinario, requiere prueba, y admite sentencias de vista y revista en los Tribunales superiores; y hasta que se cause executoria de cosa juzgada en quanto á la cantidad de los frutos, perjuicios y daños contenidos con generalidad en el juicio principal, no empieza, ni puede correr la execucion de la sentencia.

10. Á la prueba de las proposiciones, que por su órden quedan indicadas, conduce la *ley* 52. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.* Motiva en su principio los daños que se habian experimentado, y se seguian de la condenacion general de frutos que hacian los Oidores, sin tasar ni liquidarlos, por lo que resultaba de las probanzas hechas en el pleyto principal. Refiere y señala primeramente la necesidad de remitir la liquidacion de ellos á Contadores. Este primer paso empieza á causar dilacion en el cumplimiento de la sentencia, y gastos á las partes que deben pagar á los Contadores sus derechos.

11. El parecer de los Contadores nombrados por las partes, aunque sea conforme, que lo es pocas veces, no trae aparejada execucion, sino es confirmado por sentencia del Juez que conoce de la causa, segun dispone la *ley* 24. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.*; y como esta union de circunstancias rara vez concurre, queda pendiente la execucion de la sentencia principal, y se hace forzoso oir á las partes en este nuevo pleyto, que es el segundo daño que indica la misma *ley* 52. *titul.* 5. *lib.* 2. *Recop.* en estas palabras: "Porque de nuevo se torna el pleyto sobre la liqui-»dacion." Ademas que el juicio de los Contadores solo puede recaer sobre hechos ciertos que no hay en la condenacion general de frutos, faltando la prueba.

12. Que este pleyto sea ordinario en sus trámites, y en su conocimiento, se manifiesta en la letra de la misma ley, pues dice: "Que se tornan á dar otras sentencias de »vista, y revista."

Los

13. Los frutos en que con generalidad fué condenada alguna de las partes, ó los intereses y perjuicios, reciben grande variacion por diversas causas que son de mero hecho; y como no se presumen si no se prueban, entra de necesidad el término que debe concederse á las partes, para que hagan la que tengan por conveniente, pues en esto consiste esencialmente su natural defensa.

14. El término para probar los hechos y causas, de donde el Juez executor ha de sacar la verdad, no se halla determinado ni limitado en las leyes del Reyno, y se deberá estár á lo que disponen las *del tit. 6. lib. 4. de la Recop.*, señaladamente la primera, reservando al mismo Juez executor aquel arbitrio prudente para restringir los términos de la prueba, segun los que considere necesarios para que puedan las partes hacerla sin opresion ni fatiga.

15. La misma condenacion de frutos, intereses ó daños, embebe ciertas condiciones, que es preciso purificar con la prueba, para que empiece á tener efecto la sentencia.

16. En quanto á los frutos ha de intervenir la condicion de que los hayan producido los bienes, á que se refiere la sentencia, pues muchas veces no llega este caso.

17. Los intereses y daños contenidos generalmente en la sentencia llevan consigo igual condicion de que los haya sentido la parte, á cuyo favor está dada: porque el Juez la funda en la causa que consta del juicio principal, y por la culpa y malicia del reo le hace responsable á los perjuicios que hubiese padecido la otra parte; pero no determina que los haya, ni en que cantidad, siendo uno y otro necesario para que el executor proceda á la exâccion; pues de otro modo seria injusticia notoria, que se considerase comprehendida en la sentencia principal una condenacion, que excediese de la cantidad que justamente debiese el reo, exponiéndose el executor á obrar con exceso en esta parte.

18. No es suficiente, para llegar á la exâccion de frutos, que conste por las pruebas del juicio principal, ó por las

las hechas ante el executor, la porcion de frutos producidos, y percibidos por la parte que es condenada á su restitucion: porque ademas lleva otra segunda condicion, que consiste en que no se hayan invertido y consumido en el cultivo, beneficio y aumento de los mismos bienes, y paga de las cargas á que se hallan afectos; de suerte que solo el residuo viene, y se entiende comprehendido en el nombre de frutos sujetos á restitucion.

19. El actor favorecido en la sentencia por los frutos que debe percibir, lo es tambien en su liquidacion ante el executor, y le incumbe probar la cantidad cierta de ellos. De otro modo quedarian en este juicio tan ilíquidos como lo estaban en la sentencia del principal, impidiendo por los mismos principios su execucion; y como la sentencia pasada en cosa juzgada no limita los términos de la prueba á la parte, á cuyo favor se dió, los mismos debe gozar la que es condenada, por la igualdad que exîge la justicia en los juicios, por lo que disponen las leyes, y observan los Tribunales en el punto de pruebas, aunque se concedan por un remedio privilegiado y extraordinario, como es la restitucion *in integrum* á favor de los menores, segun se dispone en la *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4., en estas palabras: "Y que del término, que se diere por restitu„cion, goze la otra parte, si quisiere; y pueda hacer su „probanza, segun y como lo puede hacer la parte, á quien „fuere otorgada la restitucion."

20. Si la que solicitase en la causa principal la entrega y restitucion de frutos, señalase la quota que demanda, le incumbe probarla, y el demandado puede hacer la suya, hasta concluir y convencer que no hay frutos, por no haberlos producido los bienes, ó que no alcanzáron á cubrir los gastos de su cultivo y beneficio, ó que es menor la quota que la demanda; y siendo en este juicio principal iguales el actor y el reo, en quanto á poder probar cada uno lo que les convenga, ¿qué razon puede haber para que no lo sean en las resultas que se encargan al executor?

21. Los instrumentos públicos, y las sentencias pasadas

das en cosa juzgada, son de igual fuerza, en quanto á producir execucion de lo que contienen, como se reconoce en la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4.; y no pudiendo despacharse execucion en virtud del instrumento de cantidad ilíquida, hasta que se determine y liquide por las pruebas que precedan, oidas las partes, lo mismo corresponde hacerse en la liquidacion de lo que contienen las sentencias.

22. De este artículo han tratado muchos Autores con variedad y confusion en sus respectivas opiniones. Gutier. *lib.* 3. *Practicar. q.* 39. *n.* 13. supone que el instrumento, que no contiene cantidad cierta y líquida, no trae aparejada execucion, y que si el Juez pronunciase sobre la liquidacion, se puede apelar de esta sentencia, continuándose en via ordinaria; y para huir de estas dilaciones, inventa un medio, que ni se prueba con ley alguna, ni puede acomodarse á la qüestion insinuada: porque está decidido por la citada *ley* 52. *tit.* 5. *lib.* 2., que las sentencias, que dan los Tribunales sobre liquidacion de lo que contiene la dada en el juicio principal, admiten súplica, y se llega á la de revista.

23. Paz *en su Práctica, tom.* 1. *part.* 7. *cap. único*, hace el mismo supuesto, de que en el juicio sobre liquidacion tienen lugar las dos sentencias de vista y revista, y procede á exâminar la duda de si puede interponerse la segunda suplicacion, concurriendo las circunstancias que requiere la ley, señaladamente en la cantidad que resulta de la liquidacion; y es de parecer que debe tener lugar por las razones que indica, que en mi dictamen son poderosas para convencer la opinion contraria, con las quales, y las demas que van referidas, se puede dar plena satisfaccion á las opiniones que establecen el Señor Covarrubias *Variar. lib.* 2. *cap.* 11., y Salgad. *de Reg. part.* 4. *cap.* 3. *n.* 28. *et cap.* 10.

24. Al num. 1. propone el Señor Cavarrubias una duda, reducida á si el instrumento público, en que se prometió el interes de los daños, ó la restitucion de las expensas, ú otra cosa que no tiene cantidad líquida ni difini-

nida, trae aparejada execucion, y puede pedirse y despacharse conforme á las leyes y estatutos que se han referido. Hácese cargo de las dos opiniones encontradas de Bártulo, Paulo Castrense, Baldo, Socino y otros que refiere en el propio lugar, y confesando que de unas y otras resultan graves dudas, se propone interpretar y exâminar el verdadero sentido de la opinion de Bártulo, y la reduce á que por el enunciado instrumento de cantidad ilíquida se puede pedir y despachar execucion, conteniéndose en este primer paso, sin trascender al embargo de bienes muebles ni raices, ni á la captura del reo que no da fianzas de saneamiento; pues estos procedimientos los reserva, y dexa pendientes de la previa justificacion, que en el juicio sumario executivo debe hacer el actor, poniendo en claro la cantidad cierta que se contiene en el citado instrumento, permitiendo igualmente al reo, que pruebe lo contrario en el mismo juicio sumario.

25. Así se explica este sabio Autor en el citado *n.* 1. *vers. In summa*: ibi: *Instrumenti non liquidi executio petitur, et fieri potest in hunc sane sensum: ut summario judicio, citato reo ipso, prius ad liquidam quantitatem deducatur ipsius contractus incertitudo: ac demum hoc acto, legitimis probationibus utriusque productis, fiat executio, deturque mandatum à Judice de capiendis pignoribus ad venditionem, aut ipsomet reo ad carceres ducendo in bonorum subsidium.* Y en el *vers. Primum*, repite la facultad del reo para probar contra la estimacion y determinacion de la cantidad: ibi: *Fateor tamen licere omnino ipsi reo huic examini, et certæ, ac liquidæ quantitatis definitioni objicere quidquid jure eidem obesse potest.*

26. Si este Autor confiesa literalmente las dos proposiciones capitales que dexo referidas, de que la persona, á cuyo favor suena el instrumento público, es actor en la prueba de la cantidad cierta y líquida que contiene, y que el reo puede probar quanto le convenga en contrario ¿qué ley ó razon puede haber para restringirles el término de su respectiva prueba, ni para dar valor

eficaz y executivo á la que haga el actor en aquel juicio sumario?

27. Conviene tambien con otra proposicion, que igualmente se ha referido, y es que si el Juez llega á pronunciar sentencia, declarando y determinando la cantidad de los frutos, de los intereses, y de las impensas á que se refiere el instrumento, mire y reflexîone las probanzas como un medio instructivo, que asegurando en lo interior su juicio, mande continuar la execucion por la cantidad que concibe, y no ha declarado; y como este arbitrio no se funda en ley, ni en razon sólida, que obligue á ser recibido y practicado, no puedo separarme de la opinion que he establecido, reducida á que ya sea instrumento público, ó sentencia pasada en cosa juzgada, como no determine la cantidad cierta de la obligacion, no produce execucion, y debe preceder un nuevo juicio diverso enteramente del principal, y de la propia naturaleza del ordinario; y así lo estimó Baldo con otros, que refiere el mismo Señor Covarrubias.

28. La citada *ley* 52. *tit.* 5. *lib.* 2. supone por cierto el nuevo juicio, y las sentencias de vista y revista, á que se daba lugar con la liquidacion de frutos no explicados en la condenacion general; y deseando ocurrir á los gastos y dilaciones que se habian de experimentar, no adoptó el medio que han inventado los referidos Autores, de que se liquidasen en juicio breve y sumario, executándose la cantidad que concibiese el Juez haber probado el actor; sino que recurrió al que señala la misma ley, de que los Abogados propongan y hagan probanzas de la cantidad y valor de los frutos, intereses, ó impensas que se demandan, para que por lo que resulta de ellas los tasen y determinen los Jueces que conocen de la causa.

29. Muchas veces he visto en el Consejo, y condescendido con mi dictamen á que se regulen los perjuicios y otros intereses, que no constan del proceso, por un arbitrio prudente y reflexîvo, moderando la cantidad con toda la equidad posible á favor del reo; pues aunque el ac-

actor pudiera mejorar su suerte, y sacar mayor cantidad, haria mas crecidos gastos en el nuevo juicio de liquidacion, y padeceria otras incomodidades, que son indispensables, con gran turbacion de la causa pública.

30. Salgado *de Regia part.* 4. *cap.* 10. reconoce la confusion, con que han tratado los Autores del artículo ó incidente de la liquidacion de frutos, intereses, é impensas; y admite la opinion del Señor Covarrubias, sin añadir ley, ni razon que la demuestre. Por tanto seria molesto repetir los convencimientos que se han indicado.

CAPÍTULO III.

Los que han litigado en un juicio, que pasó en cosa juzgada, pueden usar de la apelacion, y de los recursos de nulidad y queja, para enmendar las injusticias y los excesos de los Jueces executores.

1. Aunque la apelacion es un medio comun, tan recomendado por las leyes, para el fin de prevenir y reparar los agravios que hacen los Jueces, con todo no siempre los detiene y suspende, sino que muchas veces dexa correr su execucion, por la mayor autoridad y presuncion, que atendidas todas las circunstancias persuaden la justicia de los que mandan, y la malicia de los que intentan suspenderlos. Estos son los casos en que tiene lugar la apelacion en solo un efecto devolutivo; y en los de esta clase entran las apelaciones que se interponen de los procedimientos de los Jueces, que entienden en la execucion de la cosa juzgada, ya sean meros executores, ó ya mixtos.

2. Estas son las dos reglas que establecen los Autores, señaladamente Salg. *de Reg. part.* 4. *cap.* 1. *n.* 16., y *cap.* 3. *n.* 15. Parlad. *Rerum quotidianarum lib.* 2. *cap. final. part.* 2. §. 3. *n.* 3. *y* 4. Scacia *de Appellationib. q.* 16. *limitac.* 1. *n.* 10., y *limitac.* 24. *n.* 1., y en la *qüest.* 17.

limitac. 10. *n.* 1. Gonzalez en su *Comentario al cap.* 43. *de Appellationib. n.* 5., con otros muchos Autores que siguen esta misma opinion.

3. Fundan y prueban estos Autores la primera regla indicada con el sentido literal de la *ley* 52. *tit.* 18. *Partid.* 3.: *ley* 4. *ff. de Appellationib.* ibi: *Ab executore sententiæ appellare non licet*: *ley* 5. *Cod. Quorum appellationes non recipiantur*: ibi: *Ab executione appellari non posse, satis et jure, et constitutionibus cautum est. Cap.* 43. *de Appellationib.*: ibi: *Unde cum secundum jus ab executoribus appellari non possit.*

4. Deducen la segunda regla los mismos Autores de la generalidad relativa á los executores, que contienen las citadas Leyes y Cánones, en donde entienden que están comprehendidos unos y otros executores, respecto á que no hace diferencia de ellos; y que no es lícito introducir distinciones, quando las leyes no las hacen: porque ó son interpretaciones, ó revocaciones parciales, que están reservadas al Autor de las mismas leyes.

5. Si los executores exceden los límites de su comision, carecen de jurisdiccion y potestad, obran con nulidad, y como personas privadas; y es justo detener tales procedimientos por medio de la apelacion, que deben admitir en ámbos efectos, siendo esta una limitacion capital de las reglas antecedentes, muy expresa en las autoridades que se han citado, y generalmente recibida y observada en los Tribunales.

6. En los dos capítulos antecedentes traté largamente de los medios y modos con que se verifican los excesos de los executores, y este conocimiento facilita el que debe tomarse para determinar los casos en que puede tener lugar la apelacion suspensiva. Al mismo intento explicó el Señor Salgado las reglas por donde debia conocerse si el procedimiento del Juez executor tocaba en el agravio de exceso, ó de simple injusticia contenida dentro de los límites de su jurisdiccion, señaladamente en la *parte* 4. *de Regia, cap.* 3. *n.* 36. *y siguientes*, y en el 80. *y* 81.

Yo

7. Yo no deseo introducir opiniones singulares, porque venero mucho el dictamen casi uniforme de hombres tan sabios, que han merecido todo el respeto y autoridad de los Tribunales; pero al mismo tiempo creo ser de mi obligacion hacer y repetir aquellas observaciones, que conducen á la mejor y mas clara inteligencia de las doctrinas generales que admiten y siguen algunas veces los Autores, sin el debido exâmen y discernimiento del orígen en que intentan fundarlas, especialmente no estando autorizadas por las Leyes del Reyno, ni por los Cánones, que en sus casos deben formar la regla de la ordenacion y decision de las causas.

8. La extension, que hacen los referidos Autores, á los executores meros y mixtos, impidiendo la apelacion suspensiva de sus procedimientos, aunque contengan injusticia ó gravamen simple, porque no excede el modo y límites de su comision, la fundan en que las Leyes y los Cánones hablan en general de los executores, sin distinguir que sean meros ó mixtos; pero yo no hallo esta general ó indefinida expresion, que se atribuye á las enunciadas leyes; pues las mas tratan particularmente de los executores meros, como se reconocerá por su literal contexto.

9. La *ley* 52. *tit.* 18. *Part.* 3. pone los casos en que deben ser cumplidas las cartas *sin pleyto, é sin juicio ninguno.* El primero es, quando manda el Rey á alguno "facer algun fecho señalado." Continúa la misma ley con algunos exemplos de los casos particulares contenidos en la misma regla general, "así como si le mandase prender, ó matar algun ome, ó derribar torres, ó otras fortalezas, ó facer cumplir algun juicio, ó otro fecho señalado quel mandase facer ciertamente, diciendo en la carta: faced tal cosa luego que esta carta vierdes. Onde decimos, que aquel contra quien va la carta, non puede poner defension ninguna ante sí, porque non cumpla aquello, quel fué mandado por tal carta."

10. Ninguno dudará, que así la regla, como los ca-

sos

sos particulares, que refiere esta ley, son de mero hecho, específico y señalado; y que solo toca al Juez executor su puntual cumplimiento, que es el distintivo de los meros executores; y mas repitiéndose en la conseqüencia dispositiva de la ley, que la parte, contra quien va la carta, no puede poner ante aquel Juez defension alguna; en lo qual no solo excluye como parte de su defensa la apelacion, sino las demas que podian caber en el juicio.

11. Continúa la misma ley con dos excepciones, permitiendo al executor que pueda oirlas, y recibir sobre ellas pruebas, para el fin único de hacerlo saber al Rey, y esperar su resolucion, prohibiéndole que juzgue sobre aquellas defensiones, *ibi*: "Mas él non deve judgar sobre »ellas;" y dá la razon de la antecedente prohibicion, *ibi*: "Pues que la carta manda facer cosa señalada, é non le »da poder de judgar." Concluye la ley con la siguiente decision: "E del fecho, que ficiese aquel á quien fuere »embiada la tal carta, non se puede ninguno alzar." Quiere decir, que executando y cumpliendo el hecho que contiene la carta, no hace agravio, y falta el motivo y fundamento de la apelacion, que reconoce solamente en lo que excediere; y así concluye la ley con la excepcion de la regla antecedente: "Fueras endé, si pasare ademas de »quanto por aquella carta le fué mandado."

12. El *cap.* 43. *de Appellationib.* habla determinadamente del executor mero, y prohibe que se apele de la execucion que hiciese conforme al mandato. En su epígrafe dice: *Merus executor non recusatur, nec ab eo appellatur, nisi modum excedat.*

13. El hecho de este capítulo se reduce á un entredicho acordado por sentencia del Papa, y publicado por el Cardenal executor; y en estas circunstancias decide no haber lugar á la apelacion, que se habia interpuesto de la publicacion y execucion del entredicho, demostrándose en todas sus partes ser limitada la prohibicion de apelar á la execucion mera y arreglada á la sentencia y disposicion precedente: porque falta en este caso el agra-

vio,

vio, en que necesariamente debia fundarse la apelacion. Este es el sentido literal que se presenta en el citado *capit.* 43., y el mismo que con mucha erudicion expone Gonzalez en su *Comentario.*

14. La misma inteligencia reciben las *leyes del Digesto y Código* en su literal contexto. La *ley* 4. *de Appellat.* dice: *Ab executore sententiæ appellare non licet.* La *glosa al n.* 32. *Executoris ab executione appellari non potest, nisi modum excedat.* El distintivo, con que señala esta ley al executor, es la execucion de la sentencia, y el motivo de la apelacion el agravio que se deduce de la misma execucion; y como este no puede verificarse, quando se arregla á lo que expresa y contiene la sentencia pasada en cosa juzgada, y solo puede haber agravio y perjuicio en lo que excede, limita á este solo caso la apelacion.

15. Con la misma restriccion se explica la *ley* 5. *Codice, Quorum appellationes non recipiantur*, y la *ley* 25. *Codice Teodosiano, eodem titulo.* Pues si ninguna de las autoridades, que se han referido, habla de executores mixtos, ni de las apelaciones que se hayan de interponer de sus procedimientos sobre las excepciones y liquidaciones que pueden juzgar, declarar y determinar, parece muy arriesgada la opinion de los Autores citados, que extienden la prohibicion de apelar á tales procedimientos judiciales, aunque contengan injusticia y agravio, y parece al mismo tiempo ocioso el discernimiento, que para este efecto hace el Señor Salgado, entre la injusticia ó agravio simple, y el que llama qualificado, que es como se explica en la *parte* 4. *de Regia, cap.* 3. *n.* 76. *y siguientes.*

16. Con reflexîon á las autoridades y razones que se han referido, me parecia muy conforme á la regla comun, de que los actos executivos, ya sean del executor mero, ó del mixto, no son apelables quando se conforman con lo prescripto en la sentencia; pero lo son en lo que exceden, porque en esta parte hay agravio, y no le hay en la primera.

La

17. La diferencia única, que yo considero entre los dos executores, consiste en que el mixto puede juzgar, y determinar con audiencia de partes lo que no está juzgado, ni determinado en la sentencia difinitiva; y si en el uso de esta jurisdiccion procede con injusticia y agravio en sus sentencias, podrá decirse con verdad, que la apelacion no es relativa á la execucion, si no á la decision, que hace como Juez este executor mixto; y salvándose quanto disponen las leyes acerca de prohibir apelar de la execucion, queda expedita la regla que permite hacerlo de toda sentencia que causa agravio, ya sea difinitiva ó interlocutoria; con la diferencia de que basta alegarle en aquella con generalidad, y es necesario expresarle en esta, mayormente quando es de considerable entidad, y no puede repararse posteriormente sin grave daño; pues seria notoria injusticia y opresion obligar á la parte á sufrir largo tiempo el perjuicio, que le causa el Juez por su determinacion ó sentencia.

18. Para hacer demostrable esta regla, fundada en las leyes, y recomendada por la equidad á favor de la natural defensa, conviene recordar lo que se explicó sobre las apelaciones, y sus verdaderas causas en el capítulo segundo de la parte segunda, en donde quedan establecidas las reglas capitales de esta materia. Por la primera se asegura, que el uso de las apelaciones es necesario y freqüente, y que se dirige á contener y enmendar los agravios que hacen los Jueces, y á suplir tambien la negligencia de los mismos litigantes, dirigiéndose por estos medios á defender sus derechos; y estas recomendables circunstancias hacen decidir á favor de la apelacion y sus efectos suspensivos en todos los agravios, que causen los Jueces por sus sentencias difinitivas ó interlocutorias, quando en estas lo permiten las leyes y ordenanzas, segun y con la diferencia que se ha notado en el citado capítulo segundo de la segunda parte, reducida á que en las sentencias difinitivas basta que la parte se tenga por agraviada, para que se admita la apelacion en

ám-

ámbos efectos; y lo mismo sucede en las interlocutorias, señalando y determinando el agravio.

19. Baxo de esta regla no pueden correr las doctrinas del Señor Salgado en quanto á la distincion que hace del agravio ó injusticia simple, y del exceso del Juez executor.

20. Los dos casos, que este Autor propone por exemplo, pondrán en suma claridad su convencimiento. El primer caso es del executor encargado por el Juez principal de liquidar los intereses ó frutos, que estando contenidos en la condenacion de la sentencia, no se ha determinado su cantidad y valor; y declarándola el executor en su sentencia, dada con audiencia de las partes, apela alguna de ellas por el agravio y exceso, que concibe en la mayor cantidad que señala, ó en la menor que estima contra la otra parte; en cuyo caso dice el Señor Salgado, que se executa la sentencia del Juez executor, permitiendo la apelacion en solo el efecto devolutivo.

21. De esta doctrina, y de la que con uniformidad insinúa el Señor Covarrubias en los lugares que muy por menor se refieren en el capítulo próxîmo anterior, hice en este lugar particular mérito, separándome de su dictamen por las leyes y consideraciones que expuse, para venir á declarar que de las sentencias, que dieren en tales casos los Jueces executores, debe admitirse la apelacion en ambos efectos; añadiendo ahora en su comprobacion, que la sentencia del Juez executor mixto, en quanto liquida ó determina la cantidad de frutos ó intereses comprehendidos generalmente en la sentencia del juicio principal, es difinitiva, y está baxo la regla que se ha insinuado, y que prescriben todas las leyes, citadas en el capítulo primero de esta tercera parte, de permitir las apelaciones en ambos efectos.

22. Scacia *de Appellationib. quæst.* 17. *limitat.* 10. *n.* 54. exâmina el mismo artículo, y es de dictámen que puede apelarse en ambos efectos de la sentencia del executor que liquida y determina la cantidad y valor de los

frutos é intereses, haciéndolo de la parte en que la considera excesiva.

23. El segundo caso, que refiere el mismo Salgado *part.* 4. *cap.* 3. *n.* 81. en la clase de simple gravamen, y no de exceso, se reduce á la sentencia del Juez principal, que condenando á alguna parte en cierta cantidad, encarga la execucion de su pago á otro Juez, que en estas circunstancias será mero executor, y haciendo este el pago en menor cantidad que la expresada en la sentencia, si la parte agraviada apela, dice este Autor, que solo tiene lugar en el efecto devolutivo; y da la razon, porque es una injusticia ó gravamen simple, que no toca en el extremo de exceso. Este dictamen sin duda le fundaria en que, teniendo facultad para executar al reo en mayor suma, se contiene en ella la menor.

24. Yo hallo en este caso notorio exceso sobre el mandato, porque debiendo cumplir fielmente lo que se le ordena, no lo hace el executor, despreciando la ley que le impone el Juez principal. Convengo con el Señor Salgado en que la apelacion no tiene en tal caso efecto suspensivo, no por la razon que indica, sino porque la enunciada sentencia de menor cantidad es absolutoria respecto del reo en la parte, que no llena la suma de la sentencia principal, y entra la regla decisiva, de que las sentencias, que absuelven, no dexan acto alguno que suspender, y faltan los términos de la qüestion, procediendo la apelacion que se interpone de ellas libremente.

25. En los excesos de los executores tienen lugar los recursos de queja y nulidad, con diferencia de que este puede unirse con el de la apelacion, y tratar al mismo tiempo de uno y otro ante el Juez superior; pero esto no sucede en el recurso de queja, porque se intenta derechamente en el Tribunal superior, el qual no es competente para interponer la apelacion; debiendo hacerse ante el mismo Juez que dió la sentencia, á lo ménos para que suspenda esta execucion.

26. Uno y otro recurso se fundan en la nulidad del ex-

exceso, y son equivalentes en el progreso y en su decision, sin que en ellos se trate de la injusticia ó simple gravamen de la sentencia, quando van de por sí separadamente. Pero si se acompaña el de nulidad con el de la apelacion, conoce el Juez superior de los dos agravios; esto es, del simple que consiste en la injusticia, y del calificado que causa el exceso, por la nulidad que contiene.

27. Del tiempo en que debe introducirse la nulidad de los Jueces que pueden conocer de ella, del modo y forma de proponerse como principal por sí sola ó unida á la apelacion, y de los efectos que en estos respectivos casos producen los enunciados recursos, así en quanto á la suspension de la sentencia, como al fenecimiento de la causa, traté muy por menor en el capítulo primero de la segunda parte, adonde se puede recurrir, sin que sea necesario repetir aquí las doctrinas, que con mucha reflexîon se expusiéron en él.

CAPÍTULO IV.

De la segunda suplicacion.

1. En los capítulos anteriores he tratado de los pleytos que mueren con la segunda sentencia del Consejo, de las Chancillerías y Audiencias: porque es el término que les pusiéron nuestros mayores en las leyes á beneficio de la causa pública. Pero como hay otros, á los que las mismas leyes permiten mas larga vida, si usan oportunamente del remedio de la segunda suplicacion; conviene saber quales sean, y exâminar sus partes en sus principios, progresos y fines.

2. De ellas escribió un copioso tratado el Señor Maldonado con el título de *Secunda supplicatione*; y tambien formó otro del propio asunto Avendaño, aunque mas corto que el primero. Como estos Apuntamientos prácticos llevan por principal objeto desde sus principios facilitar la instruccion, sin repetir lo que de intento, y con mayor ex-

tension han escrito otros Autores de buen juicio, reduciré este capítulo á las reglas de esta materia establecidas por las leyes, y observadas en los Tribunales, omitiendo las prolixas qüestiones que excitáron los referidos Autores, pues que están ya decididas expresamente por las leyes y por el uso de los Tribunales.

3. La *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. *de la Recop.* permite, "en »los pleytos que fueren comenzados nuevamente en las »nuestras Chancillerías, ante los nuestros Oidores, y fene»cidos por su segunda sentencia en revista, de la qual no »puede haber apelacion, ni suplicacion, conforme á la ley »de Segovia": que se pueda suplicar segunda vez

4. Esta circunstancia, de que el pleyto sea comenzado por nueva demanda en las Chancillerías, es la esencial que abre la puerta al remedio de la segunda suplicacion, y sin ella no puede tener lugar este recurso.

5. En la primera parte se tiene por bastante que el pleyto empezado en la Chancillería ante los Oidores sea fenecido por su segunda sentencia en revista; y en la segunda de la misma ley se añade, que la dicha segunda sentencia ha de ser dada por los Oidores, con el Prelado que fuere Presidente. Esta diferencia podrá ocasionar duda á los que sigan la letra de la citada ley, acerca de si la sentencia de revista, que dieren los Oidores sin el Presidente, admitirá la segunda suplicacion.

6. La *ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 2. ocurre á esta dificultad, pues dispone y manda, que en las revistas de los pleytos de 100∂. mrs. arriba, que se comenzaren por nueva demanda en las Audiencias por caso de Corte, se halle presente el Presidente. Y como en los pleytos, de que habla la citada *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 4., han de concurrir las dos precisas circunstancias, de ser empezados nuevamente en las Chancillerías, y exceder de los 100∂. mrs., supone que la sentencia de revista ha de ser dada por los Oidores con asistencia del Prelado que fuere Presidente, sin que estime necesario hacer esta explicacion en la parte dispositiva, aunque la hace en la enunciativa.

Pe-

7. Pero aunque esta es la regla general para las sentencias de revista en los pleytos que refiere la ley, no es circunstancia, que si faltase, impediria el uso de la segunda suplicacion, concurriendo las demas que requieren las leyes.

8. Como en la primera ya citada se habla solamente de los pleytos comenzados en las Chancillerías, pudiéron tomar ocasion los Autores para dudar, si tendria lugar la segunda suplicacion en los comenzados en el Consejo y en las Audiencias; pero la *ley* 7. *del propio tit.* 20. *lib.* 4. disipó estas qüestiones, mandando que tenga lugar la segunda suplicacion en los pleytos que se comienzan en el Consejo ó Audiencias por nueva demanda.

9. Las enunciadas dos *leyes* 1. *y* 7., en quanto permiten empezar los pleytos por nueva demanda en el Consejo, Chancillerías y Audiencias, se oponen á las que con mayor recomendacion, y beneficio de la causa pública, ordenan y mandan que se empiecen los pleytos ante los Jueces ordinarios del fuero de los reos demandados, sin que puedan sacarlos á litigar fuera de él, por el grande interes que logran en defender y probar sus excepciones y derechos dentro de su casa, ó en el lugar donde han administrado, ó poseen sus propios bienes, ó en los Tribunales á que se han sujetado por sus convenciones; y si han de tener lugar estas leyes en todos los pleytos, conforme á las reglas generales que prescriben, quedarán sin efecto las que permiten empezar los pleytos por nueva demanda en los Tribunales superiores, ó si tienen alguno será rarísimo, y traerá gran daño á la causa pública, faltando la utilidad y beneficio, que es el alma y fundamento de todas las leyes.

10. Estas observaciones hacen conocer que los pleytos solo pueden comenzarse en el Consejo, Chancillerías y Audiencias, por un derecho privilegiado, que pueda excitar el interes público, conciliándose con el de la ley general indicada.

11. Estos son los de las viudas, huérfanos, pobres, im-

impedidos, y los que por qualquiera otro título lleguen á ser personas miserables, y muevan con razon la equidad y conmiseracion de los Reyes y Tribunales, que inmediatamente los representan, y juzgan á su nombre.

12. El grande Constantino manifestó su equidad y conmiseracion á favor de estas personas en la *ley* 2. *de Officio judicum omnium*, en el Código Teodosiano, que por ser el orígen de los privilegios, de que se va á tratar, y de donde se han trasladado sus palabras á otras leyes, conviene copiarlas, para que se perciba con mejores luces su propia y verdadera inteligencia. *Si contra pupillos*, dice la ley, *vel viduas, vel diuturno morbo fatigatos, et debiles impetratum fuerit lenitatis nostræ judicium, memorati à nullo nostrorum Judicum compellantur comitatui nostro sui copiam facere: Quinimo intra provinciam, in qua litigator, et testes, vel instrumenta sunt, experiantur jurgandi fortunam: atque omnis cautela servetur, ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere. Quod si pupilli, vel viduæ, aliique fortunæ injuria miserabiles, judicium nostræ serenitatis oraverint, præsertim cùm alicujus potentiam perhorrescunt, cogantur eorum adversarii examini nostro sui copiam facere.* Esta ley se trasladó en todo su tenor á la primera del Código de Justiniano en el título: *Quando Imperator inter pupillos.*

13. La *ley* 4. *tit.* 3. *Part.* 3. establece la regla de que el demandado no debe responder en juicio ante otro Alcalde, "si non ante aquel, que es puesto para judgar la »tierra, dó el mora cotidianamente." Y en la *ley* 5. *siguiente* se pone entre otras limitaciones el pleyto, "que de»mandase huérfano, ó ome pobre, ó muy cuitado con»tra algun poderoso, de que non podiese tan bien alcan»zar derecho por el fuero de la tierra. Cá sobre qualquier »de estas razones tenudo es el demandado de responder »ante el Rey, do quier que lo emplazaren."

14. La *ley* 41. *tit.* 18. *Part.* 3. está mas expresiva en las dos partes, acerca del privilegio que concede á los huérfanos, viudas, y á los hombres muy viejos, ó cuitados de

gran-

grandes enfermedades, ó de muy gran pobreza, y á qualquier otra persona semejante, "de quien ome deviere ha»cer merced, ó piedad, por razon de la mezquindad, ó »miseria en que vive."

15. La *ley* 18. *tit.* 23. *de la misma Partida* 3. hace supuesto de que los que se agravian, y se alzan de unos Jueces, deben hacerlo á otro, que sea mayoral, "subiendo de »grado en grado todavia del menor al mayor, non de»xando ninguno entremedias": y en la *ley* 20. *siguiente* exceptúa de ésta regla á las viudas, á los huérfanos y á las demas personas miserables, permitiéndolas que puedan apelar derechamente al Rey.

16. Las *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recopilacion* hacen supuesto de los casos de Corte, en que el actor puede venir al Consejo, ó á qualquiera de las Audiencias por su persona, ó por su Procurador, y señalan las diligencias previas que deben hacer, para que se les libre carta de emplazamiento. Y la *ley* 8. *tit.* 3. *lib.* 4. prohibe, "que nin»guno de los vecinos de las nuestras Ciudades, Villas, y »Lugares puedan ser emplazados para ante los nuestros »Alcaldes de Corte, y Chancillería fuera de las cinco le»guas en las causas civiles, sin que primeramente sean de»mandados ante los Alcaldes de su fuero, y oidos, y ven»cidos por derecho." Y al fin de esta ley exceptúa de la regla antecedente los pleytos de viudas, huérfanos y personas miserables, poniéndolos entre los casos que se deben librar en la Corte y Chancillerías.

17. La *ley* 11. *tit.* 5. *lib.* 2. hace un recuerdo general de los pleytos, que por casos de Corte se han de ver en primera instancia, por via de proceso ordinario formado entre partes, y desciende á declarar y mandar que sea el conocimiento y determinacion en las Chancillerías; relevando al Consejo de que entienda en ellos, "porque los »del nuestro Consejo que con Nos andan, no están así de »reposo, y han de entender en otras muchas cosas, cum»plideras al nuestro servicio, y á la buena gobernacion »de nuestros Reynos." Esta es la razon que indica la ley,

y

y continúa diciendo: "salvo si Nos por especial comision "nuestra dada, ó fecha por Carta, ó Cédula firmada de "nuestros nombres, otra cosa mandáremos."

18. Y en la *ley 21. del propio tit. 5. lib. 2.* prohibe á las Audiencias y Chancillerías, que conozcan en primera instancia de los pleytos civiles, que se mueven contra algun vecino de la Ciudad, donde estuvieren, ó en las cinco leguas en contorno, "mas que el actor siga el fuero del "reo ante su Juez ordinario, ó ante los Alcaldes de las "nuestras Chancillerías; y continúa con la limitacion si"guiente: *salvo si la causa fuere de caso de Corte.*"

19. De las leyes referidas se saca por resumen, que los pupilos (en cuya clase se cuentan para este efecto los menores de 25. años, que se gobiernan por ageno arbitrio, las viudas y todas las demas personas miserables) gozan de dos privilegios. Por el uno no pueden ser obligados á litigar fuera de su domicilio, aunque se intente en los casos de Corte por los que tengan este privilegio: porque no pueden usar de él contra los que le tienen igual, añadiéndose que el que gozan los unos, para no ser extraidos de su fuero, es negativo y prohibitibo, que influye con mayor eficacia que el positivo, segun la doctrina del Señor Salgado, *de Regia parte 2. cap. 7. desde el numero 4.*, con otros muchos que refiere.

20. El segundo privilegio consiste en que las mismas personas miserables, y las que por qualquiera otro título son acreedores á la equidad y conmiseracion, ya sean actores, ó ya demandados, pueden traer en primera instancia sus pleytos al Consejo, Chancillerías ó Audiencias. La razon se expresa en las mismas leyes citadas, y se reduce á que están expuestos á ser oprimidos y fatigados por violencia y engaño, con riesgo de perder sus derechos; y comparando este perjuicio con el que pueden sufrir las demas personas, que saliendo de su fuero vayan á litigar á los Tribunales superiores, es incomparablemente mayor aquel, y mas digno de ser atendido, especialmente quando se compensa el mayor gasto, que hagan en estos Tribunales, con

la

la seguridad en la administracion de su justicia, conciliándose por estos medios en los casos referidos el interes de la causa pública, que hace cesar el de la regla general y comun.

21. No basta para su dispensacion en estos privilegios qualquier daño ó perjuicio de las personas miserables; pues debe exceder en lo principal que se litiga de 10ꝺ. mrs., segun la *ley* 11. *tit.* 3. *lib.* 4.

22. Con mayor extension tratáron de esta materia el Señor Covarrubias, en los *cap. 6. y 7. de sus Prácticas*, y Carleval *de Judiciis tit.* 1. *disputat.* 2. *section.* 7. Pero no hallo tocada una duda que se ofrece en las citadas leyes, y se ha excitado muchas veces en el Consejo por algunos Ministros de integridad y sabiduria; reducida á si los casos de Corte están privativamente reservados á las Chancillerías y Audiencias, ó si pueden introducirse tambien en el Consejo.

23. Fundaban esta duda en la *ley* 11. *tit.* 5. *lib.* 2., que en la parte dispositiva ordena y manda, que en todos los pleytos, que son sobre casos de Corte por primera instancia, que se han de ver ordinariamente por via de proceso ordinario formado entre partes, sea el conocimiento y determinacion privativo de las Chancillerías. Continúa la ley con una limitacion, que confirma la regla general antecedente: "Salvo si Nos por especial comi-»sion nuestra dada, ó fecha por Carta, ó Cédula firmada »de nuestros nombres, otra cosa mandarémos." Y en su principio motiva la causa, en que se funda lo dispuesto en la ley. "Porque los pleytos se pueden mejor exâminar, y »de ellos conocer en las nuestras Chancillerías que no en »el nuestro Consejo, porque los del nuestro Consejo que »con Nos andan, no están así de reposo, y han de enten-»der en otras muchas cosas cumplideras al nuestro servi-»cio, y á la buena gobernacion de nuestros Reynos."

24. Sin embargo de lo dispuesto en esta ley, se admitiéron en el Consejo los casos de Corte introducidos por las personas que moraban en ella, y no dudó este Su-

premo Tribunal de sus facultades para recibir y determinar los pleytos, que por este medio privilegiado viniesen á él en primera instancia.

25. Tenia presente que la citada *ley* 11. *tit.* 5. *lib.* 2. fué promulgada por los Señores Reyes Católicos en las Ordenanzas de Medina, año de 1489.; y que la *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 4. se estableció por los mismos Señores Reyes Católicos en las Ordenanzas de Madrid, á 4. de Diciembre de 1502., resultando ser esta ley posterior mas de trece años; y suponiéndose en ella que el actor puede venir al Consejo, ó á qualquiera de las Audiencias, á mover pleyto, y poner su caso de Corte, ya lo haga por su persona, ó por su Procurador (pues de este caso tambien trata la *ley* 2. *del prop. tit. y libro*) se consideró autorizado y reintegrado el Consejo en la facultad de oir por caso de Corte los pleytos, que viniesen á él en primera instancia; y que la citada *ley* 11. *tit.* 5. *lib.* 2., como anterior, quedaba derogada por un principio comun que no exîge para este fin, que las leyes nuevas, siendo contrarias á las antiguas, hagan memoria de estas, por tenerlas el Príncipe presentes, y entenderse que quiso alterarlas por un hecho que explica mas su voluntad que las mismas palabras, quando no es compatible con el anterior.

26. La causa, en que se fundó la disposicion de la citada *ley* 11., fué que los del Consejo, que andaban con el Rey, no estaban así de reposo, de donde se deducia que los pleytos, que por caso de Corte se introducian en primera instancia, se podian exâminar mejor, y conocer de ellos en las Chancillerías, pues se habian de ver ordinariamente por via de proceso ordinario formado entre partes; pero esta ha cesado tambien desde que se fixó el Consejo en la Corte con el Rey; y por el principio comun de que cesando la causa, cesa el efecto, queda sin él lo dispuesto en la enunciada *ley* 11.

27. Los recursos de casos de Corte son los que mas inmediatamente tocan al Rey, y se deben determinar por

su

su persona, ó por los que juzgan quotidianamente en la Corte con su inmediata representacion; y estos son los Ministros del Consejo Real.

28. Las dos proposiciones antecedentes se demuestran en el literal contexto de las mismas leyes Reales, señaladamente en la 19. *tit.* 23. *Part.* 3.: en la 1. *y* 2. *tit.* 2. *lib.* 2. *de la Recop.*: en las 22. *y* 59. *tit.* 4.: 40. y 81. *tit.* 5. *lib.* 2.; y en la 8. *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Recop.*; pues en todas las leyes referidas se halla distinguida la autoridad y prerogativa del Consejo para conocer de las causas mas árduas y graves, quando entendiese que conviene al mejor servicio de S. M.; y quando algunas se mandan remitir á las Chancillerías ó Audiencias para su mas breve expedicion, como sucede muchas veces, segun y en los casos que refieren las leyes Reales, no se presume que el Consejo queda inhibido de conocer de los mismos pleytos, quando atendidas las circunstancias de las personas y del tiempo, faltan las causas en que se motiváron las enunciadas leyes, y pueden determinarse los negocios en el Consejo con mayor expedicion y seguridad, y á ménos costa de los litigantes.

29. Como no están limitados los casos de Corte á los que se han referido, lo dispuesto en estos tendrá lugar, y se observará en los demas que empiecen por primera instancia en el Consejo, Chancillerías y Audiencias.

30. Los Autores, que han tratado de intento de la segunda suplicacion, trabajan en descubrir la causa de haberla limitado á los pleytos, que empiecen en los referidos Tribunales superiores, y no hallan otra que la de precaver se incurra en que se provoque tercera vez, contraviniendo á lo que en este punto se dispone y prohibe por las leyes, *ne liceat tertio provocare.* Así lo explican Avendaño *en su tratado de Secunda supplicatione n.* 11. *vers. Et ex mente*, y en el *vers. Ratio autem*; y Acevedo á la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. *n.* 5.

31. Pero esta exposicion me parece arbitraria, por-

que ni hay ley en que la funden, ni los pleytos, que se empiezan en los Tribunales inferiores, llevan la condicion de caer en el inconveniente de provocar tercera vez de las sentencias, pues rara vez son conformes las tres primeras; y así en el caso de la prohibicion y en los demas faltaria la razon indicada, y deberia correr el auxîlio de la segunda suplicacion, supuesto que los enunciados pleytos se acaban necesariamente con la sentencia de revista, aunque sea contraria á las dos anteriores. Por estas consideraciones me parece que deben buscarse otras que comprehendan la razon general en que pudo fundarse el Legislador, y ninguna hallo mas inmediata á su intencion que la naturaleza de la gracia y remedio de la segunda suplicacion, que siendo en su orígen tan extraordinario, quiso restringirle en este punto á las causas que empezasen en el Consejo, Chancillerías y Audiencias, concurriendo con esta circunstancia la de que los pleytos, en que es dada sentencia de revista, sean muy grandes, ó de cosa muy árdua, como se explica la citada *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4.

32. Esta indefinida y general expresion, de que los tales pleytos fuesen muy grandes, ó de cosa árdua, dexaba en confusion á los Jueces que debian admitir la segunda suplicacion, y se veían muchas veces en contradiccion para determinar la cantidad suficiente á recibir el grado de segunda suplicacion; y para remover estos inconvenientes, que procedian del arbitrio de los Jueces, y se habian experimentado en el largo tiempo de ciento y doce años, que corriéron desde el establecimiento de la citada ley de Segovia, publicada por el Señor Rey Don Juan el Primero, año de 1390., declaráron los Señores Reyes Católicos en el de 1502. por la *ley* 7. *del propio tit.* 20. *lib.* 4., que la cantidad y estimacion del pleyto debia ser como las mil y quinientas doblas de cabeza, de que habla la dicha *ley* 1.

33. Si el fin de reducir la suplicacion á las causas del valor y cantidad referida no pudo ser otro, que no ha-

hacer comun este recurso extraordinario, el mismo objeto debe considerarse en la primera restriccion de los pleytos, que empezasen de nuevo en el Consejo, Chancillerías y Audiencias, sin descender á la causa particular que indican los referidos Autores, *ne liceat tertio provocare*. Tan constante ha sido el ánimo de todos los Legisladores en estrechar los límites de este recurso, que extendiéron las mil y quinientas doblas de valor de los pleytos, de que habla la citada *ley* 7., al número de tres mil, para que tuviese lugar en los pleytos sobre posesion, como se declaró en la *ley* 8., y se amplió en la 9. á las mismas tres mil doblas para las causas de propiedad, y á seis mil para las de posesion; y aun en las de esta última clase no se comprehenden los pleytos de tenuta sobre bienes de mayorazgo, de que trata la ley de Toro, que es la 8. *tit.* 7. *lib.* 5., sin embargo de que las sentencias, que se dan en estos juicios de tenuta, no limitan su efecto á la tenencia de los bienes, segun disponia la *ley* 9. *del prop. tit.* 5., si no que se amplia á la posesion, remitiéndose solamente en quanto á la propiedad á las Chancillerías y Audiencias, como se dispone en la *ley* 10. *del prop. tit. y lib.*, concluyéndose en ella, "que »sobre lo así sentenciado no aya, ni pueda haber otro »pleyto, y juicio de posesion."

34. Esta última cláusula daba motivo á dudar, si en la exclusion que enuncia, comprehendia tambien la segunda suplicacion; y para remover toda disputa, se declaró expresamente en la *ley* 14. *tit.* 20. *lib.* 4., que en las sentencias que dieren los del Consejo en los pleytos y negocios sobre la posesion de los bienes de mayorazgo, no haya, ni pueda haber lugar la segunda suplicacion, aunque las sentencias de vista y revista, que dieren, no sean conformes.

35. En la *ley* 5. *tit.* 19. *lib.* 4. se ordenan y mandan guardar dos cosas muy singulares: La primera es, que los pleytos sobre la tenuta y posesion de los bienes de mayorazgo se acaben con la sola sentencia de vista, y que no

no haya, ni pueda haber suplicacion, ni otro remedio, ni recurso alguno, y que se remita el pleyto luego con la dicha sentencia en propiedad á las Audiencias, donde las partes sigan su justicia. ¿Qué razon podrá descubrirse en estas disposiciones, sino la general que se ha indicado, de reducir la segunda suplicacion al menor número de pleytos que sea posible, para evitar la dilacion y el daño que de ella resulta á la causa pública, y á las partes que empeñan todos sus oficios en las causas de mayor gravedad?

36. Con el mismo respecto se ordenáron las demas precauciones, que disponen las leyes acerca de la segunda suplicacion, en su principio, en su progreso, y en que se dé la sentencia por el mismo proceso, sin admitir nuevas alegaciones, ni escrituras, excluyendo al mismo tiempo la restitucion *in integrum*, y qualquiera otro remedio de que trata la *ley* 2. *tit.* 20. *lib.* 4.

37. Reuniendo todo lo que disponen las leyes acerca de la segunda suplicacion, observo algunas cosas muy singulares, que no pueden deducirse de las mismas leyes, y están declaradas por la práctica del Consejo y por otras Reales resoluciones posteriores.

38. La *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. ordena y manda, que la parte que se sintiere por agraviada de la segunda sentencia dada en revista, pueda suplicar para ante la Real persona dentro de 20. dias. Este término de los 20. dias empieza á correr y contarse desde la notificacion de la segunda sentencia; y en esto van conformes los Autores, por el principio general, que se ha indicado y fundado en quanto á las apelaciones y súplicas. Pero discordáron en quanto á si bastaba que se notificase al Procurador de la causa, ó si era necesario hacerla saber á la misma parte que litigaba, quando esta no hubiese otorgado poder especial á su Procurador, con expresion de la causa y de la sentencia. De esto trató Maldonado, *tit.* 5. *qüestion.* 1. *y* 2., fundando con graves autoridades su opinion, reducida á que no empezaban á correr los 20. dias, aun-

aunque se hiciese saber la sentencia al Procurador, si no se daba noticia de todo su contexto á la parte principal; y esta fué la que admitió y observó el Consejo en todos los casos que ocurriéron, habiendo yo presenciado algunos.

39. Considerando el Consejo, con toda la reflexîon que acostumbra, los graves inconvenientes que resultaban de esta práctica, y habia manifestado la experiencia, trató de remóverlos con el zelo del beneficio público; y en cumplimiento de la Real órden, que en 13. de Enero de 1769. le comunicó el Señor Don Manuel de Roda, Secretario de Estado, y del Despacho universal de Gracia y Justicia, consultó el Consejo pleno á S. M. lo que estimó conveniente; y conformándose con su parecer, estableció y mandó S. M. por punto general, que el término de los 20. dias, que la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. *de la Recop.* señala para suplicar segunda vez, há de correr desde el dia de la notificacion hecha al Procurador, tenga ó no poder especial de la parte para introducir el recurso; y de esta Real resolucion se formó la *ley* 16. *del propio tit.* 20. *lib.* 4.

40. En la *ley* 2. *del prop. tit. y lib.* se manda, que los Jueces vean y determinen las causas en que hay segunda suplicacion "de los mismos autos del proceso, sin rescibir escrito, ni peticion, y sin dar lugar á otras nue»vas alegaciones, ni probanzas, ni escrituras, ni dilacio»nes, ni pedimentos, por via de restitucion, ni en otra »manera alguna."

41. De esta ley resultó otra nueva controversia entre los Autores; pues unos, siguiendo su letra, no admitian instrumento alguno, aunque jurase y probase la parte que habia llegado nuevamente á su noticia; y otros, internándose en el espíritu de la enunciada ley, opinaban que en tales circunstancias debian admitirse los instrumentos, si en ellos se manifestaba el derecho y justicia de la parte. De esta opinion fué Maldonado, por los fundamentos y casos prácticos que refiere en el *tit.* 6. *qüest.* 5.;

y

y con efecto he visto muchas veces admitir los enunciados instrumentos en el Consejo, precediendo un conocimiento y juicio instructivo de las dos calidades indicadas; esto es, que llegasen nuevamente á noticia de la parte, y no pudiera haberla tenido ántes, sin embargo de sus exâctas diligencias, y que en los mismos instrumentos se descubriese el buen derecho y justicia de la que los presenta.

42. La repetida observancia del Consejo ha explicado este artículo, y removido toda disputa acerca de admitir los nuevos instrumentos; pero siempre la hay muy empeñada entre las partes sobre la exîstencia y prueba de las dos calidades indicadas. Y como he visto muchas veces que se detienen algunos Ministros del Consejo en admitir instrumentos, aun para exâminar sus calidades y circunstancias, quando se presentan derechamente en este Tribunal, toman las partes el medio de presentarlos á S. M., suplicando reverentemente se sirva mandarlos remitir al Consejo, para que teniéndolos presentes, como parte de los autos, los determinen en justicia. Y S. M. los manda pasar al Consejo, para que haga de ellos el uso que tenga por conveniente; y entónces proceden á exâminar sus circunstancias, y á declarar si ha lugar ó no su admision.

43. Tambien he visto en otros casos, presentarse instrumentos en los pleytos de segunda suplicacion que pendian en el Consejo, y haberlos remitido á las Chancillerías y Audiencias, en donde se habian dado las sentencias de vista y revista, para que oyendo á las partes instructivamente sobre la calidad de los mismos instrumentos, remitiesen despues el expediente original al Consejo, para hacer de ellos el uso conveniente.

44. Esta práctica lleva dos fines: Uno no embarazarse tanto el Consejo con estos incidentes, que las mas veces causan grandes dilaciones; y el otro facilitar su defensa á las demas partes que litigan, considerando que podrán hacerla mejor, y sin tanto gasto en las Chanci-

lle-

llerías ó Audiencias; y esto sucede mas propiamente quando se redarguyen de falsos los instrumentos presentados en el Consejo, ó se ofrecen presentar otros que destruyan ó debiliten la fuerza de los primeros.

45. La citada *ley* 2. dispone que en las causas de la suplicacion de las 1500. doblas, así en posesion, como en propiedad, se suplique para ante S. M., como lo dispone la *ley de Segovia, que es la* 1. *del propio tit. y lib.* Pero como en esta se señalen únicamente 20. dias para interponer la súplica, y no se hable del término que debe tener la parte que suplica, para presentarse ante S. M., se aprovechaban los litigantes de esta omision de las leyes, dilatando el curso y determinacion de estas causas, que son las mas importantes y recomendadas en su brevedad; y para ocurrir á estos daños se declaró en la *ley* 4. *siguiente*, que la parte que suplicare sea obligada á presentarse en el dicho grado ante la Real persona dentro de 40. dias, los quales corran y se cuenten desde el dia que suplicó só pena de desercion. Esta ley, que por ser general, comprehendió todas las Chancillerías y Audiencias en quanto al término de los 40. dias, se amplió á 90. para los grados que se interpusieren de las Audiencias de Canarias y Mallorca, segun se declaró al fin de la citada *ley* 16. *tit.* 20. *lib.* 4.

46. Así los 40. dias, como los 90., no empiezan á correr desde el dia en que se suplicó, como dice la letra de la citada *ley* 4., sino desde que fuere entregado á la parte testimonio integro y expresivo de la sentencia de revista, de la súplica que interpuso de ella la parte, de haber dado las fianzas de las 1500. doblas que previene la ley, y de haberle sido admitida en su conseqüencia la súplica para ante S. M. Este es el punto y término en que se completa y perfecciona la súplica, y hasta entónces está incoada; y por esta consideracion y respecto puede muy bien salvarse la ley en lo literal, de que empiece á correr el término de los 40. dias desde que la parte suplicó; pues ni estaba ántes en su mano presentarse al Rey sin aquel do-

documento, ni le debia correr el término señalado.

47. Esta es la explicacion que con mayor extension hace Maldonado sobre este artículo en la *qüest.* 1. *tit.* 6., y al mismo intento conducen las leyes y autoridades producidas en los capítulos, doce de la primera parte, y primero de la segunda, tratando de los dos términos señalados para interponer la apelacion, y para mejorarla.

48. Los Jueces, que deben conocer de las causas, forman una parte muy esencial de los juicios. En los de la segunda suplicacion no estaban en su orígen señalados por ley, y su jurisdiccion y facultad era delegada por comision particular de S. M. en cada causa de las que venian por este grado á su Real persona. Así se explica la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. en tres repetidas cláusulas. La primera dice: "Si por aquel, ó aquellos, á quien Nos lo encomendáre-»mos, fuere hallado que la dicha segunda sentencia de los »dichos nuestros Oidores fué bien, y derechamente dada. *La segunda.* "Y si hallaren la dicha sentencia ser bien, y »justamente dada, y fuere confirmada por aquel, ó aque-»llos, á quien Nos lo encomendáremos." *Y la tercera al fin de la misma ley.* "Fasta que sea dada la tercera senten-»cia confirmatoria por aquel, ó aquellos á quien Nos lo »encomendáremos."

49. El epígrage de la *ley* 2. *del propio tit. y lib.* sigue el mismo estilo en sus expresiones, pues dice, "que la se-»gunda suplicacion se haga ante la persona Real, y por las »personas, á quien fuere cometida la causa, se determine »por el proceso."

50. Lo mismo se dispone en la letra de la citada *ley* 2., repitiendo dos veces la comision que da S. M. á los Jueces, que han de conocer de las causas de segunda suplicacion. En la primera dice: "Que las causas, que en este »grado de suplicacion con la fianza de las 1500. doblas, »fueren por Nos cometidas." Y en la segunda: "Que los Jue-»ces, á quien las cometiéremos, las vean, y determinen »de los mismos autos del proceso." Del mismo modo se explica la *ley* 3. *siguiente.*

El

51. El número de estos Jueces comisionados, para ver y determinar las causas de segunda suplicacion, era reducido al de cinco, como se explica la citada *ley* 2. en la cláusula final que dice: "Y mandamos que, porque los di»chos pleytos se puedan ver mas brevemente, que, quan»do á los del nuestro Consejo se cometieren, cinco de »ellos puedan ver, y determinar cada una de las dichas »causas."

52. La copulativa, de que usa esta ley, de que los cinco Jueces puedan ver y determinar cada una de las dichas causas, dió fundado motivo para dudar, si vistas por los cinco, faltando alguno de ellos ántes de la sentencia, podrian los quatro determinarlas; y para quitar esta duda se declaró en la *ley* 12. *del prop. tit.* 20. *lib.* 4.: "Que »en los pleytos vistos en el dicho grado de segunda supli»cacion, y en los que se vieren de aquí adelante, que, »aunque muera alguno de los del nuestro Consejo, que »lo ovieren visto, quedando quatro, que lo hayan visto, »lo determinen sin embargo de lo contenido en la *ley* 2. »*de este titulo.*"

53. Ya se conciba como declaracion, ó como revocacion de lo dispuesto en dicha *ley* 2., quedó establecido el número preciso de cinco Jueces para ver las causas de segunda suplicacion, y el de quatro para determinarlas. Las dos partes de la regla antecedente se confirman por el *auto acordado segundo tit.* 20. *lib.* 4., en el qual se dispone: "Que quando se comienza á ver algun pleyto »de 1500. por cinco del Consejo, si falta alguno de los »Jueces por muerte, ó promocion, en tal caso se nom»bre otro para que se acabe de ver por cinco Jueces."

54. El *auto acordado* 1. *del propio tit. y lib.* habla del caso, en que vistos los autos por los cinco Jueces, fuere dado alguno de ellos por excusado, y dispone: "Que los »quatro que quedaren, puedan determinarlos;" de manera que lo dispuesto en la citada *ley* 12. *del propio tit. y lib.* para el caso de la muerte de alguno de los cinco Jueces, despues de haber visto toda la causa, se entendiese

para quando fuese alguno excusado, despues de haber visto el pleyto. Y en la *ley 62. cap. 19. tit. 4. lib. 2.* se repite: "Que quando se ayan de ver los dichos negocios »de 1500. no ha de ser con ménos que cinco Jueces, co»mo está ordenado."

55. Esta legislacion antigua que se ha referido, y consta por las fechas de las leyes y autos acordados que van citados, recibió notable variacion por las Reales resoluciones posteriores que se expresarán. En el *auto acordado* 108. *tit.* 4. *lib.* 2. *de* 8. *de Enero de* 1745. se mandó, entre otras cosas, que los pleytos de tenuta, segunda suplicacion y reversion á la Corona, se vean con los trece Señores Ministros de las tres Salas de Justicia, ó los que de ellos pudieren ser Jueces, como se ha practicado, y está prevenido en el *cap.* 22. *de la ley* 62. *del propio tit.* en la vista de los pleytos de tenuta, que se ven con las referidas tres Salas; pero en difinitiva, y artículos que tengan fuerza de ella, no se han de ver por ménos que nueve.

56. Aunque en el citado *cap.* 22. *de la ley* 62. *tit.* 4. *lib.* 2. se dice, que los pleytos de tenuta se vean por todos los once Ministros de las tres Salas de Justicia; y en el *auto* 108., que así estos, como los de segunda suplicacion y reversion á la Corona, se vean por los trece de las mismas tres Salas, esta diferencia procede, de que componiéndose ántes cada Sala de tres Ministros, y la de 1500. de cinco segun la antigua planta del Consejo, de que habla la citada *ley* 62. señaladamente *en el cap.* 19., siendo entónces diez y seis los Ministros del Consejo, se aumentó este número al de veinte por el *auto acord.* 50. *tit.* 4. *lib.* 2. y al de veinte y dos por lo dispuesto en el *auto* 71. *del propio tit. y lib.*; de los quales destináron quatro á la Sala de Justicia, otros quatro á la de Provincia, y cinco á la de Mil y quinientas, componiendo los trece, de que hace mérito el citado *auto de* 8. *de Enero de* 1745.

57. De las enunciadas nuevas disposiciones se viene á sacar por conclusion, que los pleytos de segunda supli-

ca-

cacion se han considerado en todos tiempos de mayor gravedad, encargando su conocimiento y determinacion á la Sala de Mil y quinientas; y con este objeto ha sido su dotacion de cinco Ministros, quando las otras Salas de Justicia se componian de tres, y de quatro despues del aumento. Y para la mayor seguridad y acierto en la vista y determinacion de estos pleytos, se acordó concurriesen las tres Salas de Justicia, y que el número de los Ministros que hubiesen de asistir á la vista para difinitiva, y artículos que tengan fuerza de ella, no sea ménos que el de nueve.

58. Por Real Decreto de 12. de Julio de 1747. se sirvió S. M. decir: "Que atendiendo á evitar el perjuicio, »que resultaba de la dilacion en determinar algunos pley»tos, que estaban vistos en el Consejo, y no se habian »podido votar por indisposicion, enfermedad ú otro acci»dente de alguno de los Ministros, que concurriéron á su »vista, y no poderlo hacer por escrito, habia resuelto que »el Consejo en estos casos observase lo prevenido en las »leyes del Reyno, y lo ordenado por el Señor D. Felipe V., »en Real Cédula de 25. de Abril de 1736., en que es»tableció lo que en iguales casos debia executarse en las »Chancillerías;" lo qual mandó se practicase en el Consejo.

59. La Real Cédula, que se cita de 25. de Abril de 1736., es la que forma el *auto* 14. *tit.* 5. *lib.* 2., y lo ordenado para las Chancillerías en iguales casos se contiene en los *autos* 8. *y* 9. *del proprio tit. y lib.*

60. Con motivo del citado Real Decreto de 12. de Julio de 1747., y de las referencias que hacia á otros anteriores, se ofreció al Consejo una duda que consultó con S. M., en 12. de Agosto del propio año; y consistia en que diciéndose generalmente en los referidos autos acordados, que aunque faltasen algunos Ministros por muerte, indisposicion ó ausencia, que no pudiesen votar por escrito los pleytos que habian visto, pudieran hacerlo los que quedaban, siendo en número suficiente; como no se

se declaraba qual seria suficiente para determinar los pleytos de segunda suplicacion, fué de dictámen el Consejo, que podrian determinarlos cinco de los Ministros, aunque se hubiesen visto con los nueve. Y S. M. se sirvió conformarse con el parecer del Consejo; y publicada en el mismo esta Real resolucion en 6. de Setiembre del propio año de 1747., se acordó su cumplimiento. Por esta última disposicion quedó establecido por regla general en los pleytos de segunda suplicacion, que se hayan de ver precisamente con nueve Ministros á lo ménos de los trece que componen las tres Salas, en las sentencias difinitivas, ó artículos que tengan fuerza de ellas; y que para votarlos sean suficientes cinco de dichos Ministros.

61. Esto es lo que completa la legislacion de los pleytos de segunda suplicacion, que vienen á S. M. por la via y método ordinario que establecen las mismas leyes Reales; pero como ocurren freqüentemente algunos casos, en que las Chancillerías y Audiencias, que han dado sentencia de revista, estiman no haber lugar al grado de segunda suplicacion, que interpone la parte, y la deniegan en su conseqüencia el testimonio que solicita para presentarse á S. M., ya sea con pretexto de que la cantidad no llega á la señalada por las mismas leyes Reales, ó por no haber usado de este remedio en tiempo y forma, ó por qualquier otro motivo; se excitáron en estos casos graves dudas sobre el medio que debia tomarse para remover estos impedimentos, y llevar á efecto la segunda suplicacion.

62. De esto se trató seriamente en el Consejo, con motivo del recurso que hizo á él la Marquesa de Escalonias Doña Maria Josefa de los Rios, quejándose de no haberle admitido la Chancillería de Granada la segunda suplicacion de la sentencia de revista, dada en los autos que seguia con D. Antonio Alexandro de los Rios, sobre consignacion de alimentos y otras cosas. El Consejo mandó pasar este expediente al Señor Fiscal, quien en respuesta de 12. de Noviembre de 1747. dixo: "Que el auto pro-
»veido por la Chancillería, denegando el recurso de se-
»gun-

»gunda suplicacion, era apelable al Consejo, y que se »podian mandar remitir á él los autos para la confirma- »cion, ó revocacion de este artículo perjudicial." Así se mandó en Sala primera de Gobierno; y venidos, y oidas las partes, mereció tanta atencion este expediente, que se trató de él en Consejo pleno, y se resolvió que pasasen dichos autos á Sala de Mil y quinientas, donde se entregasen á las partes, para que substanciasen el artículo perjudicial que propuso el Señor Fiscal; y no para otro fin.

63. Así se executó; y por auto de 21. de Abril de 1747., dado por las tres Salas, se confirmó en todo el de la Chancillería, de que se habia apelado.

64. Tambien viniéron al Consejo con igual motivo otros autos de la Audiencia de Aragon, entre D. Eugenio Martin Navarro y D. Juan Navarro, su hermano; y en su vista, y de lo que expusiéron las partes, por las mismas tres Salas se revocó el auto de la Audiencia, y se declaró haber lugar á la segunda suplicacion, mandando dar á la parte el testimonio correspondiente, con el que acudió á S. M.; y expedida la Real Cédula acostumbrada, se vió el pleyto en lo principal por las mismas tres Salas, y se confirmáron las sentencias dadas por la Audiencia.

65. Estos exemplares, y los que en iguales casos se han referido, forman por sí solos una autoridad, que asegura la decision mas justificada en los casos de igual naturaleza y calidad que se ofrezcan; pues suponen que se han motivado sobre razones sólidas, y comprehendidas en las leyes, ó deducidas de su espíritu, sin necesidad de indagarlas. Así lo entendió y explicó Castillo, con otros que refiere, en el *lib. 5. de sus Controversias cap. 89. num. 98.* Habiase tratado de la regla que establecen los Legisladores, de que no se juzgue por exemplares, como se insinúa en la *ley 13. Cod. de Sententiis, et interlocutionibus omnium Judicum*; y en la *Autentica de Judicibus, collat. 6. cap. 13.*; y por limitacion de ella pone las decisiones y sentencias del Consejo y Tribunales superiores: *Id tamen non procedit in sententiis supremi Consilii, et Tribunalium*

su-

superiorum, quæ semper venerandæ sunt, et reverenter imitandæ in decisione causarum similium; comprobando esta limitacion con el *cap.* 19. *extra de Sententia, et re judicata*, y con la *ley unica de officio Præfecti Prætorio*, ibi: *Credidit enim Princeps eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide, et dignitate, ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos esse pro sapientia, ac luce dignitatis suæ, quam ipse foret judicaturus.*

66. Si se quiere demostrar por otros medios la justicia de la enunciada resolucion del Consejo, se hará á poca reflexîon con las luces que presenta la insinuada respuesta del Señor Fiscal, en la qual expone, como causa principal de su dictamen, que el incidente ó artículo de que se trata, es perjudicial al recurso de segunda suplicacion.

67. Este es un presupuesto de hecho notorio; pues sin admitir la segunda suplicacion, y dar á la parte el testimonio correspondiente, no puede presentarse ante S. M., ni tratarse en el Consejo de la causa principal por medio de la segunda suplicacion; y siendo constante que los autos preparatorios forman una misma causa con la principal, y que el Juez de esta lo debe ser tambien de aquella para remover qualquier embarazo de su jurisdiccion y conocimiento, segun comprueban Menochio *de Præsumptionibus lib.* 6. *præsumpt.* 6. Salgado *de Retent. p.* 1. *cap.* 10. *n.* 84. Carleval *de Judic. tit.* 1. *disp.* 2. *quæst.* 4. *n.* 204., y el Señor Covarrubias *lib.* 1. *Var. cap.* 4. *n.* 7. *y.* 8., fundados en la *ley* 13. *Cod. de Rei vindicatione*, sale por conseqüencia necesaria el conocimiento que corresponde al Consejo sobre el auto de las Chancillerías ó Audiencias, en que no admiten la segunda suplicacion, ni dan á la parte que la interpone el testimonio competente. De otro modo vendria á ponerse en arbitrio de las Chancillerías y Audiencias impedir la segunda suplicacion, y defraudar al Rey y al Consejo de la autoridad y conocimiento en las causas que por sus calidades puedan recibirla y admitirla; quedando consentido el agravio

que

que hiciesen aquellos Tribunales en la denegacion de dicho recurso.

68. La *ley* 2. *tit.* 18. *lib.* 4. confirma todas las proposiciones antecedentes. En su primera parte señala el término para presentarse con el testimonio de la apelacion al Tribunal superior correspondiente; y en la segunda dice: "Y esos mismos plazos aya el apelante para se »querellar del Juez, sino le quisiere otorgar el alzada; »y si en este tiempo no la quisiere seguir, ó no se que»rellare, como dicho es, finque firme el juicio."

69. Las sentencias de revista en las causas que están asistidas de las circunstancias, que requieren las leyes para la segunda suplicacion, no acaban el juicio, ni causan executoria; pues está pendiente su confirmacion, ó revocacion del Consejo, que ha de exâminar su justicia, y declararla por su sentencia; y procede todo lo dispuesto en las apelaciones por la citada *ley* 2., en los casos de segunda suplicacion: porque tienen un mismo efecto, sin otra variacion que la accidental del nombre, por el mayor respeto que se debe á las Chancillerías y Audiencias.

70. La Real Cédula, que se acostumbra expedir para conocer de los pleytos de segunda suplicacion, habla derechamente con el Gobernador y Ministros del Consejo: refiere los hechos y diligencias practicadas hasta la presentacion de la parte ante S. M., con la súplica de que se sirva mandar nombrar Jueces, que vean el pleyto en grado de segunda suplicacion; y el decreto de S. M. dice así: "Y confiado en vosotros que hareis jus»ticia á las partes, mi voluntad es de encomendáros y »cometeros este negocio, como por la presente os lo en»comiendo y cometo, y os mando veais el proceso de »dicho pleyto en grado de segunda suplicacion; y al te»nor y forma de la referida ley de Segovia, y declara»cion de ella, le libreis y determineis como en justicia »debais. Para lo que os doy poder cumplido en forma, »con todas sus incidencias y dependencias, anexîdades y »conexîdades."

71. Por el tenor de esta Real Cédula se manifiesta que se conserva la delegacion y comision, para conocer de los pleytos de segunda suplicacion, en la misma forma que se estableció desde su orígen en las *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 20. *lib.* 4., sin variacion alguna.

CAPÍTULO V.

Del recurso de injusticia notoria.

1. Los *autos acordados* 6. 7. *y* 10. *tit.* 20. *lib.* 4. explican con bastante claridad todas las partes de este recurso, en su principio, progreso y fin; y aunque el Consejo con su constante práctica ha ilustrado las enunciadas disposiciones, no han alcanzado á contener algunas dudas que excitan las partes por interes propio, y apoyan los Autores por la natural disension en sus opiniones.

2. Las principales, que he visto proponer y disputar en el Consejo, así por via de defensa de las partes, como en la decision de los pleytos, que por este medio vienen á él, se reducen á dos, de las quales trataré con toda la reflexîon que conviene.

3. Los que introducen estos recursos, intentan fundar que son de *simple injusticia*, y no qualificados de *injusticia notoria*, en la letra de los mismos autos acordados. El epígrafe del 6. indica con cláusula indefinida ó general los recursos de los pleytos seguidos en las Chancillerías y Audiencias, que deben admitirse en Sala de Gobierno del Consejo, y no les dá el nombre de *injusticia notoria*, ni aun hace la menor enunciativa de esta exôrbitante calidad.

4. En la primera parte dispositiva del citado auto se exceptúa ó declara, que no puede ir á Sala de Gobierno recurso alguno de pleytos pendientes en las Chancillerías, cuya última determinacion por leyes de estos Reynos toque privativamente á la Sala de Mil y Quinientas; y conti-

tinúa estableciendo por regla general, que de los demas pleytos seguidos en las mismas Chancillerías y Audiencias, se pueda recurrir á la Sala de Gobierno, sin imponer, ni referir por fundamento de estos recursos la calidad de *injusticia notoria* en las sentencias de las Chancillerías y Audiencias. Quando trata del mérito, á que deben tener consideracion los Señores del Consejo, para hacer exîgir la pena de los 50∂. mrs., que como preliminar prescribe el citado auto, y las demas que dexa al arbitrio de los mismos Señores Jueces, hace segunda vez memoria del remedio de dicho recurso con el mismo estilo y expresion sencilla y general; y añade que caerán las partes en la enunciada pena, *si no verificasen las causas y motivos que justifiquen el recurso.* No expresa quales deben ser estas, ni que la justificacion sea relativa á la injusticia notoria de las sentencias de las Chancillerías y Audiencias; y habiendo estado el Legislador tan diligente y expresivo en distinguir y distribuir los pleytos, cuyos recursos debian admitirse en Sala de Mil y Quinientas, y los que correspondian á la de Gobierno, y en señalar el depósito ó fianza que debia preceder para estos, y que incurrian en la pena, *si no verificasen las causas y motivos que justificasen el recurso*; no es de presumir omitiese la calidad de *injusticia notoria*, si la estimase necesaria, como causa y motivo para justificar el recurso, y no caer en la pena de los 50∂. mrs., y en las arbitrarias que indica.

5. El espíritu de esta disposicion se descubre con mayor claridad en todas sus partes por la consulta, que precedió al citado auto de 17. de Febrero de 1700., que se halla en el archivo del Consejo, y he reconocido con toda atencion.

6. Formóla el Consejo en 8. del propio mes de Febrero, y en ella dice: Que experimentando el Consejo el abuso repetido de los litigantes de las Chancillerías y Audiencias, valiéndose del recurso á él sin causa legítima que lo pueda justificar, convirtiendo este saludable

y piadoso remedio de la regalía de S. M. en perjuicio grave de la causa pública y de los litigantes, parecia al Consejo ser de su precisa obligacion hacer esta representacion á S. M., para que se evitase el daño, y lograse el remedio. Á este fin fué de parecer el Consejo, que S. M. se sirviese mandar no se admitiesen en la Sala de Gobierno recursos de los pleytos, cuya determinacion por las leyes del Reyno pertenece privativamente en segunda suplicacion á la Sala de Mil y Quinientas; y que en los demas pleytos no se admita el recurso, sin preceder depósito de la parte, que le intentare, de 50∂. mrs., conviniendo en lo demas con lo que se expresa en el citado auto. S. M. se conformó con el parecer del Consejo, y fué públicada esta Real resolucion en 17. del propio mes de Febrero.

7. De ella se percibe con evidencia: que este recurso no tomó principio en la disposicion del auto acordado, pues ya venia de antiguo: que era general, y se usaba de él en todos los pleytos que se determinaban por sentencia de revista en las Chancillerías y Audiencias: que no se admitia con la calidad y presupuesto de probar la injusticia notoria de las sentencias, ni imponer multas, ni otras condenaciones á los que faltasen á este requisito. Y como la intencion del Consejo no fué hacer novedad en el mérito y justicia del recurso, como se manifiesta en su propia consulta, quedó en quanto á este fin del mismo modo que se usaba ántes.

8. El *auto* 7. refiere la disposicion del anterior de 17. de Febrero de 1700., acerca de los recursos de la determinacion de las Chancillerías y Audiencias *en todo género de negocios*; de manera que lo que se explicó en el citado *auto 6.* con palabras indefinidas y generales acerca de los pleytos, cuyos recursos debian venir á Sala de Gobierno, se adicionó con la cláusula universal, *en todo género de negocios*, manifestando que este mismo se hallaba contenido en el anterior auto: porque su fin no fué innovar en la calidad de los negocios, ni en la de los recursos;

sos; reduciéndose el intento de esta nueva disposicion á poner mayores penas positivas á los que los introducian por malicia y fines particulares, que son las voces de que usó el Consejo en su consulta de 27. del mismo mes de Abril, con que pasó á la Real mano el auto que habia formado, para que mereciendo su aprobacion, lo mandase executar, como lo resolvió S. M.

9. Los referidos dos autos se hallan en el título, en que principalmente se trata de la segunda suplicacion; y como las rúbricas ó prefacios dan una buena idea de lo que contienen sus disposiciones, y prueban á lo ménos por conjeturas y presunciones haber sido la voluntad del Legislador en lo dispositivo, quando no está clara y expresa, la misma que indica en la rúbrica del título, ó en el prefacio del auto, segun lo entienden con uniformidad Solorz. *de Jure Ind. lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 23. y en el *lib.* 4. *de su Politic. cap.* 1. *vers. Lo qual.* Salgad. *de Reg. part.* 4. *cap.* 3. *n.* 14. y Menoch. *lib.* 6. *præsumpt.* 1. *y* 2., con otros que refieren; nace de aquí otro poderoso argumento, de que así el grado de segunda suplicacion, como los recursos de los demas pleytos, cuyo discernimiento se hace en los mencionados autos, son y deben ser de la misma calidad, y justificarse por los medios ordinarios, trabajando con reflexîon profunda en descubrir la justicia, que es el fin de los Juzgadores. La segunda suplicacion, así como los demas recursos de que vamos tratando, se viste de la natural defensa de las partes; y como este fin es tan recomendable, conviene auxîliarle con el noble oficio y autoridad de los Jueces, supliendo por equidad lo que no se expresa en las leyes. ¿Qué razon pues podrá haber para aumentar calidades exôrbitantes, que sin expresarse en las leyes, impiden la justicia del recurso y su conocimiento? ¿Y cómo podria tolerarse que descubriendo los Jueces á poca reflexîon y trabajo el mejor derecho y justicia de la parte que recurrió al Tribunal superior, no interpusiesen su autoridad para deshacer el agravio que sufrió en las sentencias de

de las Chancillerías y Audiencias, y que dexasen gozar injustamente los bienes y derechos que con verdad pertenecen á otros?

10. El daño público, y aun el particular de los litigantes, estaria en la dilacion de los pleytos, motivada principalmente por la malicia de los que tienen interes en mantener los bienes que les diéron las sentencias de revista de las Chancillerías y Audiencias. Á esto se ocurrió justamente con las providencias acordadas, de que se vean los pleytos por los mismos autos del proceso sin nuevas alegaciones, probanzas, escrituras, ni otro remedio alguno; pero no se descubre objeto de interes público ni particular, en que los Jueces no vean el proceso con íntima reflexîon, para buscar y hallar la verdad, y asegurarse de ella por todos los medios posibles, procediendo en este caso á declararla con la recta administracion de justicia.

11. Este pensamiento se justifica y demuestra por todas las disposiciones que hablan de la segunda suplicacion, y se comprehenden en el propio título, en que están las que tratan de los recursos de injusticia; pues en la segunda suplicacion se manda, que se vea y determine por los mismos autos del proceso, con las demas precauciones dirigidas á evitar toda dilacion en los pleytos, gastos á las partes, y contener y castigar la malicia de los que usan de aquel remedio sin justa causa; y precavidos todos estos inconvenientes, no impiden á los Jueces que busquen la verdad por todos los medios de derecho, para administrar con exâctitud la justicia. Por la presuncion indicada que nace de la identidad del título, se debe juzgar lo mismo en uno y otro caso, sin que se descubra razon alguna de diferencia en los medios que conduzcan á la sentencia, quando no la hay en lo demas.

12. En algunos pleytos ponen límites las leyes al conocimiento y reflexîon de los Jueces, quales son los posesorios sumarísimos, los plenarios y los de tenuta, respec-

pecto de los de propiedad; porque en estos se pueden enmendar los agravios de los juicios precedentes; pero quando se trata de acabar los pleytos, y que perezca perpetuamente la justicia, esfuerzan las leyes toda su equidad en conceder los auxîlios posibles, para evitar un daño tan sensible á las partes, y opuesto al fin de la justicia, que es dar á cada uno lo que es suyo.

13. Estas consideraciones hacen relaxar muchas veces el rigor de las leyes que prohiben se admitan instrumentos despues de conclusa la causa; pues jurando la parte, que los presenta, haber llegado nuevamente á su noticia, y que no pudo tenerla ántes, sin embargo de haberla solicitado por los medios posibles, se admiten las escrituras, facilitando este beneficio en los pleytos que se han de acabar con la última sentencia. Covarr. *Practic. cap.* 20. *n.* 8. Maldon. *de Secund. supplicat. tit.* 6. *q.* 5. *númer.* 10. Y no quedando otro auxîlio á la parte que recurre al Consejo, debe ser mas poderoso el influxo de la equidad, para obligar á los Jueces á que busquen y descubran la verdad, y administren con rectitud la justicia.

14. ¿Quántas veces logra una parte la sentencia de vista favorable, y aun confirmando la del Juez Ordinario, y le es contraria la de revista que motiva el recurso? Y en este caso seria mayor el rigor de que no le bastase probar su justicia por el mismo proceso, y que se le obligase á calificarla de notoria.

15. El *auto* 10. *tit.* 2. *lib.* 3., que es de 3. de Abril de 1711., estableció el gobierno interino en el Reyno de Aragon, y como parte muy principal de él mandó, que haya una Audiencia con dos Salas, la una para lo civil con quatro Ministros, y la otra con cinco para lo criminal; y continúa haciendo otras declaraciones, siendo una de ellas la siguiente: "Que los recursos, y apela»ciones en tercera instancia de las causas, así civiles, co»mo criminales, que se determinasen por las referidas Sa»las, se han de admitir para el Consejo de Castilla, á »donde mandaré, que de los Ministros de él se junten

»en

"en una de sus Salas los que estuvieren mas instruidos "en las leyes municipales de este Reyno, para determi-"nar en esta tercera instancia los referidos pleytos." En esta disposicion se ven unidos los recursos y apelaciones que deben ir en tercera instancia al Consejo; y bastando en estas, que se descubra por qualquier medio la justicia de la parte que apela, para que obtenga sentencia favorable, reformando la de revista de la Audiencia, lo mismo debe suceder en los recursos: porque la disposicion, que mira como igual objeto dos partes, las determina con igualdad en la substancia y en el modo. Salgad. *de Reg. p.* 2. *cap.* 15. *n.* 22. *y p.* 3. *cap.* 5. *n.* 24.; fundando este Autor y otros muchos su opinion en la *ley* 4. *de Vulgar. et pupillar. substit.*

16. El *auto* 13. *del propio tit.* 2. *lib.* 3. en la resolucion á la tercera duda confirma la proposicion antecedente; pues reforma en dos partes el citado *auto* 10.: La primera, que no haya apelaciones al Consejo de Castilla, así en lo civil, como en lo criminal: la segunda, que en estas causas no haya recurso alguno al Consejo, reservándolo únicamente, y permitiendo hacerlo en las causas civiles; y en esta parte dexa correr sin novedad la anterior disposicion, del mismo modo que se contiene y expresa en el citado *auto* 10.

17. Atendiendo las leyes al debido honor, respeto y decoro de los Jueces, mandan que los que apelan de sus sentencias, no digan que juzgáron mal; y esto se entiende generalmente con todos, aunque sea con los Ordinarios que conocen en primera instancia. *Ley* 12. *tit.* 18. *lib.* 4. *ibi*: "Otrosí mandamos, que aquellos que apela-"ren, no sean osados de decir al Alcalde, que juzgó mal." *Ley* 26. *tit.* 23. *Part.* 3. En los que forman los Tribunales superiores es mas estrecho el encargo del respeto y veneracion, con que deben mirarse sus providencias, especialmente las difinitivas. ¿Cómo pues será compatible, que las partes que introducen este recurso de las sentencias de revista de las Chancillerías y Audiencias, digan

no

no solo que juzgáron mal sus Ministros, si no que lo hiciéron con injusticia notoria, que es lo mismo que con iniquidad? Porque ya proceda de ignorancia, de poca diligencia en el exâmen del proceso, ó de malicia, siempre será grande la injuria que se hace á dichos Ministros, y mayor la osadia de imaginarla y propoponerla.

18. He observado en el *auto* 7. *tit.* 20. *lib.* 4., que entre las causas que excitáron el aumento de los 50∂. mrs. señalados en el auto 6. anterior, á 500. ducados, se expresa como una de ellas: "No siendo ménos reparable la nota »de los Tribunales superiores que han determinado los »pleytos, de que se introducen los recursos." Pero esta nota no se fixa precisamente en que se traten sus sentencias como iniquas ó notoriamente injustas; pues bastaria para que se concibiese nota reparable contra dichos Ministros, el tratar sus determinaciones de injustas, como se supone en los recursos.

19. La prueba de la proposicion antecedente se presenta con toda demostracion en la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4., que dispone lo conveniente acerca de la segunda suplicacion en los pleytos, que por su entidad y calidad puedan recibirla. El depósito ó fianza de las 1500. doblas, que debe preceder, es con exceso mayor á la de los 500. ducados que exîge para el recurso el citado *auto* 7.; y en esto se descubre haber intentado la ley detener mas estrechamente la segunda suplicacion, sin embargo de que la causa por su entidad debia facilitarla; y verificándose igual nota reparable contra los Ministros que diéron la sentencia de revista, no se cae en la pena de las 1500. doblas, si probase la parte por los medios comunes de derecho, que la sentencia de revista no fué justa, sin necesidad de probar que no lo sea notoriamente. Esta pena, y la de los 500. ducados, fué introducida para contener la malicia de las partes en el uso de las segundas suplicaciones y de los recursos. Así se expresa literalmente en la citada *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4.; pues dexando explicadas las calidades de los pleytos, en qué puede tener lugar la

segunda suplicacion, continúa diciendo: "Pero es nuestra »merced, que, porque la malicia de aquellos que suplican »por alongar los pleytos, no aya lugar, que la parte, »que suplicare de la dicha segunda sentencia dada por los »dichos nuestros Oidores, con el Perlado que fuere Presi»dente, que se obligue, y dé fiadores dentro de los dichos »veinte dias ante los dichos Oidores de pagar mil y qui»nientas doblas, si por aquel, ó aquellos, á quien Nos lo »encomendáremos, fuere hallado que la dicha segunda »sentencia de los dichos nuestros Oidores fué bien, y de»rechamente dada."

20. ¿Cómo podrá tener lugar la malicia de los litigantes en querer alargar los pleytos, si prueban que la sentencia de revista no fué justa, ni derechamente dada? Para considerar introducido este remedio por malicia, y con el fin de dilatar los pleytos, es preciso que no se justifique por medio ni modo alguno la injusticia de la sentencia de revista? Esto mismo se manifiesta acerca del recurso por los *autos acordados 6. y 7. del prop. tit. 20. lib. 4.* En el primero se condena á la parte, que introduce el recurso, en los 50Ə. mrs. que señala, si no verificase las causas y motivos que le justifiquen. Y si la malicia ó fraude de los litigantes fuere mas descubierta y notoria, se permite á los Jueces aumentar la condenacion de los 50Ə. mrs. En el citado *auto* 7. se hace tambien mérito de los recursos ménos justificados, y de ser continuos y maliciosos, introducidos por fines particulares; y los de esta calidad fuéron los que se intentáron contener con la pena de los 500. ducados; pero no aquellos que se hubiesen introducido con justicia, descubriéndose esta por los mismos autos del proceso, de qualquier modo que los Jueces puedan asegurar su dictamen, de que la sentencia de revista de la Chancillería ó Audiencia fué injusta, por no haber declarado y mandado entregar á la parte los derechos y bienes, que pretendia y le pertenecian.

21. Porque si se hubiera de justificar este recurso, probando con notoriedad la injusticia de la sentencia de re-

revista por aquellos medios, de ser notorio el defecto de jurisdiccion en los Jueces, la falta de poder de la parte principal, el no estar citada, y otras causas que hacen nula la sentencia, segun refieren las leyes, seria rarísimo el caso en que pudiera tener lugar este recurso: porque no es de esperar que en las Chancillerías y Audiencias se procediese con un desórden tan conocido y escandaloso. Y como es principio de buena razon, que las leyes no se establecen para casos tan raros, *ley.* 3. 4. 5. *y* 6. *ff. de Legib.*; es consiguiente persuadirse que se permitió á las partes agraviadas el auxîlio de dicho recurso para redimir los perjuicios, que faltando á la justicia, habian causado los Jueces de las Chancillerías y Audiencias en su sentencia de revista.

22. En el *auto* 10. *del propio tit.* 20. *lib.* 4. de 12. de Enero de 1740. se hallan por primera vez las palabras *injusticia notoria* aplicadas á este recurso; pero de un modo enunciativo, y con referencia á las disposiciones anteriores.

23. En la parte principal del referido *auto* 10. se ordena y dispone, que se admitan por punto general los grados de segunda suplicacion de las sentencias, que causaren executoria en la Audiencia de Cataluña, segun estaba resuelto y declarado para las demas de la Corona de Aragon.

24. En la segunda parte, que es subalterna ó incidente de la primera, se dice: Que en los pleytos, que por sus circunstancias no puedan recibir la segunda suplicacion, quede libre y salvo á las partes el recurso de *injusticia notoria* de dichas sentencias del Consejo, segun su auto acordado, y como se practica en todos los Tribunales de estos Reynos. Y no hallándose en el auto acordado, á que se refiere, expresion alguna que indique, que la injusticia de la sentencia de revista debe ser notoria, es preciso que se modere y ajuste á dicho relato, mayormente quando no se debe presumir revocacion de las leyes anteriores en todo, ni en parte, no constando claramente en las posteriores la voluntad del Legislador, *acordada con omes entendidos, y sabidores*; del modo y forma que esta-

blecen las *leyes 9. 17. y 18. tit. 1. Part. 1.*, y la 8. *tit. 1. lib. 2. de la Recopilacion.*

25. Convéncese mas la inteligencia explicada, teniendo presente que las leyes deben ser manifiestas y claras en lo que disponen, sin dar ocasion á engaños por su obscuridad, *ley 1. tit. 1. lib. 2.*, *ley 8. tit. 1. Part. 1.*, y el *canon 2. dist. 4.* Y si se extendieran los dos *autos acordados 6. y 7. tit. 20. lib. 4.*, que son los que tratan de intento de este recurso, á que se hubiese de justificar, probando necesariamente la *injusticia notoria*, que no se expresa en dichos autos, no serian claros, manifiestos y cumplidos, sino muy capciosos, exponiendo no solo á los ignorantes, sino tambien á los sabios á que padeciesen engaño; pues hallaban abierto el paso á este recurso en su principio, y cerrado estrechamente en su resolucion, queriendo que se probase con notoriedad la injusticia de la sentencia de revista; cosa que se acerca á lo imposible, por las dificultades que inventan los hombres, y bastarian las mas veces para hacer obscura en el dictamen de los Jueces la injusticia que se pretendia fuese notoria. *Nov. 44. cap. 1. §. 3. Nihil inter homines sic est indubitatum, ut non possit (licet aliquid sit valdè justissimum) tamen suscipere quamdam solicitam dubitationem.* Y el Papa Clemente V. en el prefacio á las Clementinas: *Nulla juris sanctio, quamtumcumque perpenso digesta consilio, ad humanæ naturæ varietatem, et machinationes ejus inopinabiles sufficit, nec ad decisionem lucidam suæ nodosæ ambiguitatis attingit.*

26. El referido *auto 10.* se motivó sobre instancias particulares de las partes, que litigaban la sucesion de un fideicomiso; pues dada la sentencia de revista en 10. de Enero de 1739., confirmando la de vista de 27. de Marzo de 1733., una de las partes introduxo en la Audiencia el grado de segunda suplicacion con la fianza de 1500. doblas, en 16. del propio mes de Enero.

27. No se dudó que se habia introducido este grado dentro de los 20. dias, ni que la causa era de entidad y gravedad suficiente. Lo único que reparó la Audien-

diencia fué, que en las leyes, fueros y constituciones que se habian dado en la planta de gobierno á dicho Tribunal, no estaba prevenido el caso de la segunda suplicacion, y parecia que no debia admitirlo, como así lo resolvió por su auto de 21. del propio mes de Enero, del qual mandó dar á la parte testimonio, para que con él recurriese á S. M., de cuya Real Orden se trató este punto en Consejo pleno, siendo de parecer que debia admitirse el grado de segunda suplicacion de las sentencias de revista de la Audiencia de Cataluña, sean ó no conformes. Este fué el punto que se trató de intento, y por incidencia el del recurso en los pleytos, que no tuviesen las calidades necesarias para la segunda suplicacion.

28. Por esta serie, que es positiva en la referida consulta, y en la resolucion de S. M. publicada en 12. de Enero de 1740., se viene á conocer con evidencia, que la intencion del Consejo fué reducida á declarar á la Audiencia de Cataluña lo establecido en los demas Tribunales superiores del Reyno, sin añadir la menor calidad ni circunstancia, que no estuviese prevenida en las disposiciones anteriores.

29. A este propósito es muy oportuna la *ley* 35. *Cod. de Inofficioso testament.* ibi: *Neque enim credendum est, Romanum Principem, qui jura tuetur, hujusmodi verbo totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam, atque inventam, velle everti.*

30. Si esta primera opinion queda bien fundada en las leyes y autoridades que se han referido, no son ménos poderosas las que se expondrán en prueba de la opinion contraria, esto es, que la injusticia de las sentencias de revista debe ser notoria, para que se verifiquen las causas y motivos del recurso.

31. El *auto* 10. *tit.* 20. *lib.* 4. reserva á las partes el recurso de *injusticia notoria* en las causas, en que por su calidad y circunstancias no puede tener lugar la segunda suplicacion, y debiendo estarse al natural sentido de las palabras, que son los instrumentos que explican la in-

ten-

tencion de su autor, no dexan la menor duda en que la injusticia debe ser notoria, segun se expresa literalmente en dicho auto acordado. *Ley* 5. *tit.* 33. *Part.* 7. *ibi*: "Las »palabras del facedor del testamento deben ser entendidas »llanamente, asi como ellas suenan, é non se deve el »Judgador partir del entendimiento de ellas; fueras en»de quando pareciere ciertamente, que la voluntad del »testador fuera otra, que non como suenan las palabras, »que están escritas." *Ley* 69. *de Legatis tertio.* Vela *disertac.* 49. *n.* 52.; y continuando la citada *ley* 5. dice lo siguiente: "Por eso ponen á los omes nombres ciertos, é se»ñalados, porque sean conocidos por ello." Y la *ley* 7. §. 2. *de Supellectilli legata*: *Nam quorsum nomina nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis*?

32. Aunque el citado auto 10. se refiere al 6. y 7. del propio título, su disposicion es completa, en quanto denomina este recurso de *injusticia notoria*, y debe subsistir por sí sola en toda la ampliacion de su autoridad, aunque los relatos no pareciesen en el mundo, porque el Legislador es libre en lo que ordena y manda, sin depender en manera alguna de las leyes anteriores, siendo esta una limitacion muy solemne de la regla que establece, que el referente no prueba sin el relato, de la que tratan muchos Autores, señaladamente Pareja *de Instrumentorum edit. tit.* 7. *res.* 9. *desde el n.* 32.

33. El Consejo, quando consultó el citado auto 10., y mas principalmente S. M. en su soberana resolucion, tuviéron muy á la vista los dos enunciados autos 6. y 7. en su letra y en su espíritu, y no podia ménos de ser adequada su referencia á los mismos autos 6. y 7.; y esta es otra prueba que convence su uniforme inteligencia, de que el recurso es y debe llamarse siempre de *injusticia notoria.*

34. Se tiene por uno de los primeros principios de la legislacion, que quando hay una ley obscura, se entienda y declare por otra que sea clara y trate del propio asunto; y esta es otra regla, que obliga á conocer la identidad de las disposiciones acerca de la *injusticia notoria* de este recurso.

¿Po-

35. ¿Podrá alguno dudar de lo que el Rey asegura, siendo hecho propio que tiene á su vista? *Ley 1. tit. 7. Part. 3.* al fin : "Pero el emplazamiento, que el Rey, ó los „Judgadores de su Corte, ficieren por su palabra, manda„mos que sea creido sin otra prueva." *Ley 32. tit. 16. Part. 3.*: "Pero si Emperador, ó Rey, diese testimonio so„bre alguna cosa, decimos que abonda para provar to„do pleyto. Ca debe ome asmar, que aquel que es pues„to para mantener la tierra en justicia, é en derecho, que „non diria en su testimonio si non verdad." Y la Clementina única *de Probationib.*

36. ¿Pues qué hecho puede ser mas propio del Rey que la misma ley, que recibe todo su ser de la soberana resolucion, y llega al último grado de perfeccion en el punto que se publica de su Real órden, y siempre está á la vista del mismo Legislador, como lo dice oportunamente el Papa Bonifacio VIII. en el *cap. 1. de Constitutionib. in 6.*, deduciendo de este principio, que por la ley última se deroga la anterior, quando es incompatible su exîstencia, aunque no haga memoria de ella? *Licet Romanus Pontifex* (*qui jura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere*) *constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur.*

37. El uso comun de los hombres determina en las palabras dudosas la propia significacion en que deben ser recibidos, de la qual no es lícito apartarse despues, *ley 6. tit. 2. Part. 1.*: "Que ansi como acostumbráron los otros „de la entender, ansi deve ser entendida, é guardada." *Ley 23. de Legib.*: *Minimè sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt.*

38. Los que introducen este recurso, le proponen siempre con las palabras expresivas de ser de *injusticia notoria*, y esta fórmula, repetida con uniformidad en sus escritos, demuestra por los principios indicados su constante inteligencia.

39. El Consejo le admite en el propio concepto, y como que el fundamento de él es *la misma injusticia notoria,*

ria, que motiva la parte que litiga, y con el mismo propósito procede á exâminar los autos del proceso, y dar su sentencia; y este es otro medio que califica mas seguramente la inteligencia explicada, *ley* 5. *tit.* 2. *Part.* 1., *ley* 34. *de Legib.* y el §. 6. *Institut. de Satisdationibus.*

40. El auto acordado 6. no resiste en su letra, ni en su espiritu, que la *injusticia notoria* sea el preciso fundamento del recurso, pues solo dice que la parte que le intentáre sea condenada en los 50∂. mrs., que se depositan ó afianzan, en caso de que el Consejo con vista de los autos reconociere haberse valido las partes del remedio del recurso, sin verificarse por él las causas y motivos que la justifiquen. No expresa quales sean estas causas y motivos; y por lo mismo quedan aptas á recibir la explicacion, de que sea la *injusticia notoria.*

41. El recurso por solo este título, sin unirle el de *injusticia notoria*, comprehende como único fundamento la misma *injusticia notoria*, sin que su explicacion ó declaracion obre efecto alguno esencial en quanto á este requisito, sí solo el extrínseco de manifestar y poner en claro lo que se contenia en el nombre ó voz de *recurso.* Prueban esta proposicion las consideraciones siguientes: Primera, que este es un remedio extraordinario, introducido por equidad en los casos, en que se prohiben los ordinarios de apelacion y suplicacion, y ha de tener necesariamente alguna particular circunstancia que le justifique, y esta no puede ser otra que la *iniquidad ó injusticia notoria, y la opresion que reclama.* De otro modo seria igual este recurso en el conocimiento y determinacion con los medios ordinarios de la apelacion y suplicacion, pues tambien se busca en ellos la injusticia de las sentencias que los motivan. Si la ley prohibe las apelaciones y suplicaciones, porque sean tres conformes, ó por la excelencia de los Jueces que han dado las de vista y revista, si entrare el recurso con el mismo efecto en su conocimiento y decision, vendria á permitirse por este medio extraordinario lo que está prohibido por las vias comunes de apelaciones y súplicas,

cas, dilatando con la ampliacion de estos recursos el fin de los pleytos con daño de la causa pública, lo qual resisten poderosamente otras leyes.

42. Este modo de convencer y demostrar que la causa, que justifica este recurso, es la *iniquidad* ó *injusticia notoria* de la sentencia de revista, se deduce de las doctrinas de los Autores que tratan en general del *recurso, como remedio extraordinario*, señaladamente el Señor Matheu *de Regimine Regni Valentiæ cap.* 12. §. 7. y el Señor Crespi *part.* 1. *observat.* 10. *n.* 79. *y en la observat.* 60. *n.* 77. con otros muchos que refieren.

43. Este es un supuesto, en qué convienen las partes con ménos dificultad, y lo mismo hacen los Jueces. La mayor y casi insuperable, por no poder sujetarse á reglas positivas y ciertas en todos los casos que ocurren, ni aun en el mayor número de ellos, consiste en el concepto y graduacion de la que se llama injusticia notoria, y en los medios por donde deben caminar los Jueces para acrisolarla y asegurarse de ella con un juicio constante, sin ninguna duda racional y probable.

44. Á mi me parecia que los Jueces no deben pararse en las primeras nociones que presentan los autos por su inspeccion, si no que deben internarse en su exâmen y conocimiento, combinando los hechos hasta ponerlos en estado de su positiva y clara exîstencia; pues asegurados los Jueces de esta fuente y manantial del derecho, conocerán las mas veces con toda claridad el que sea aplicable á la decision del pleyto, viniendo á convencerse de si la sentencia de revista fué ó no justa.

45. Esta es la razon por que mandáron las leyes, que en las demandas y contestaciones pongan las partes los hechos simplemente y en encerradas razones: *ley* 4. *titul.* 16. *lib.* 2. *ibi*: "Do tan solamente se puede poner „simplemente el hecho de que nasce el derecho:::: mas „cada una simplemente ponga el hecho en encerradas „razones." *Ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *ibi*: "Seyendo hallada, „y probada la verdad del fecho por el proceso." *Ley* 52.

§. 2. ff. ad legem Aquiliam: *Respondi in causa jus esse positum.*

46. Por la misma razon se hace estrecho encargo á los Jueces, que escudriñen y trabajen por todos los medios posibles en asegurarse de los hechos y de la verdad que contienen, para dár la sentencia que corresponde en derecho. *Ley* 22. *tit.* 4. y *ley* 8. *tit.* 13. *lib.* 2.: *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4.: *ley* 11. *tit.* 4. *Part.* 3. *ibi*: "Verdad es cosa, que los Judgadores deven catar en los pleytos, sobre todas las otras cosas del mundo; é por ende, quando las partes contienden sobre algund pleyto en juicio, deven los Judgadores ser acuciosos, en puñar de saber la verdad del, por quantas maneras pudieren::: É quando supieren la verdad, deven dar su juicio, en la manera que entendieren, que lo han de facer segund derecho:" *ley* 3. *tit.* 22. *Part.* 3. *ibi*: "É catada, é escodriñada, é sabida la verdad del fecho, deve ser dado todo juicio, mayormente aquel que dicen sentencia difinitiva." *Ley.* 5. *y* 7. *del propio tit. y Part. Canon* 11. *causa* 30. *quæst.* 5. *Cap.* 6. *de Judiciis*: y *ley* 14. *Codic. eodem tit.*

47. Las leyes y disposiciones referidas hablan generalmente con todas las partes y con todos los Jueces, sin diferencia de instancias y juicios, y ninguno puede excusarse de cumplir el estrecho y repetido encargo que les hacen, acerca de asegurarse por los hechos del proceso de la verdad y justicia.

48. En este exâmen se incluye la prueba del proceso, ya sea de instrumentos ó de testigos, ó por confesion de los que litigan, quando no está clara; y en esto entran todas las disposiciones que tratan de la manera de prueba que es plena y concluyente, y de las que se eliden, ó ponen en duda por diferentes medios; y seria un tratado muy difuso, si se descendiese á referir y probar los medios y modos, por donde se justifican los hechos, cuyo discernimiento debe confiarse al justificado arbitrio de los Jueces, especialmente de los que han de determi-

 nar

nar los recursos de injusticia notoria; pues aunque esta puede serlo de tal modo que por las primeras nociones del proceso se perciba con toda evidencia, como sucede en los casos de faltar poder suficiente, no ser citada ni emplazada la parte, y otros que mas largamente refieren los Autores, rara vez ocurre que se justifique y funde el recurso en las causas indicadas, y los mas se refieren á los hechos probados, y hacen necesario su exâmen para proceder á la aplicacion del derecho, ya sea expreso, ó se deduzca de su espíritu la decision, auxîliada de la inteligencia que la han dado por comun consentimiento los Autores, y la observancia de los Tribunales.

49. Yo he defendido y juzgado bastantes pleytos, que han venido al Consejo por recurso de injusticia notoria, y en ninguno he hallado que la sentencia de las Chancillerías y Audiencias contenga una determinacion clara y positiva contra las leyes y derechos expresos, ni que caduque por falta de poder, citacion, ni subversion del órden público que influye en la natural defensa de las partes, y en todos ha sido necesario internar el conocimiento en los hechos probados, y descender á lo que determinan las leyes, y quando no las hay adaptables, recurrir á las razones que han admitido con uniformidad los Autores.

50. Si hubiese duda, ya sea en si están probados los hechos, ó en lo dispuesto por las leyes para la decision, siendo razonable, y de algun modo fundada, no se justifica la causa del recurso, porque vence entónces la presuncion y autoridad de la sentencia de revista, y se confirma por los Señores del Consejo.

51. La sentencia, que se dá en él, pone un sello perpetuo á las disputas y á los recursos del pleyto, como se expresa al fin del citado *auto acordado* 7.

52. Si la sentencia de revista contiene diversos capítulos, podrá justificarse el recurso en unos y no en otros, y será la sentencia del Consejo correspondiente en la confirmacion y revocacion de los artículos respectivos, y entra entónces la duda acerca del depósito de los

500. ducados. Para caso igual se dispuso lo conveniente en la segunda suplicacion por la *ley* 3. *tit.* 20. *lib.* 4., declarando que si la sentencia de revista se revocase en parte substancial, cuyo importe y valor pudiera dar lugar á la segunda suplicacion, quedará excusada la parte de pagar las 1500. doblas.

53. Si para los recursos de injusticia estuviera determinada la cantidad ó valor del pleyto, en que pudieran tener lugar, se deberia guardar la misma proporcion, alzando el depósito ó la fianza de los 500. ducados, quando ascendiese la sentencia, en la parte que se revocase, á la cantidad suficiente para introducir el recurso; pero como falta este supuesto, es preciso que se regule por el justificado arbitrio de los Señores Ministros del Consejo. Así se ha verificado algunas veces, y fué una de ellas en el pleyto, que se determinó el año de 1784., entre Don Martin de Epalza y Don Pablo su hijo, vecinos de Bilbao; pues habiendo revocado la sentencia de revista de la Chancillería de Valladolid en parte considerable, aunque se confirmó en otras de mayor valor, se mandó alzar y entregar el depósito de los 500. ducados.

54. Por tanto convendria, para no dexar dudas en la legislacion de estos recursos, que se acordase y señalase el valor de la causa, para que se admitiese el recurso, como se declaró para la segunda suplicacion, y se aumentó con proporcion al tiempo y á la calidad de la causa, así en posesion, como en propiedad, en los términos que se explicó en el capítulo próxîmo. Así se evitaria por medio de esta providencia el daño público y particular que producen estos recursos, que no son compatibles con la equidad en que se fundan, si no corresponde la entidad y gravedad de la causa, pues en cosas de poca monta es mas ventajoso á la causa pública, y á las mismas partes, sufrir el daño que les puede causar la sentencia de revista, que exponerse á otros incomparablemente mayores, que necesariamente resultarian, aun en el caso de su vencimiento que es tan contingente y raro.

Igual

55. Igual beneficio se lograria, si se estableciesen términos precisos para introducir el recurso en el Consejo; pues estando las leyes tan diligentes en señalar los de las apelaciones, suplicaciones ordinarias y los de las segundas suplicaciones, parece necesario que se haga lo mismo en los recursos de injusticia. De otro modo queda este punto expuesto á dudas, y pueden las partes tomar ocasion para disputar si viene ó no en tiempo al Consejo.

56. Yo he observado que las mas veces ocurren sin dilacion al Consejo, introduciendo este recurso de las sentencias de revista; pero si la parte le retardase por tiempo considerable, se excitaria la duda indicada, y esto solo dá justo motivo, para ocurrir á ella con el señalamiento de término competente.

57. Resultaria tambien de la misma retardacion otro daño muy considerable al Público y á los particulares; pues los derechos y dominios de las cosas estarian sin la seguridad que dá la sentencia de revista, y pendientes de la voluntad de la otra parte.

58. De estos puntos, y de otros que son accesorios al recurso de injusticia, trató muy bien el Doctor Don Juan Antonio Marin en sus Observaciones originales, sobre los autos que diéron regla para la introduccion del recurso de injusticia notoria, señaladamente en el capítulo quinto. Yo no considero necesario hacer sobre ellos otras explicaciones, á excepcion del artículo, en que trata de la Sala Segunda de Gobierno, encargada de la vista y determinacion de los pleytos que vienen al Consejo por recurso de injusticia notoria; pues recibirá mayores luces con la noticia puntual del orígen de esta Sala, y de la distribucion de sus negocios.

59. Los autos acordados que se han referido, y sirven de fundamento y regla al recurso de injusticia, encargan su conocimiento á la Sala de Gobierno, sin distincion de que sea la Primera ó la Segunda; ni podia distinguirse, porque entónces no tenia establecimiento fixo, ni

se

se formaba si no rara vez, segun la necesidad y urgencia al arbitrio del Señor Presidente ó Gobernador, con el fin de la mayor expedicion de los negocios que ocurrian.

60. El orígen de esta Sala se debe tomar de la consulta, que en 22. de Agosto de 1627. hizo á S. M. el Señor Presidente del Consejo, exponiendo: que conforme á la nueva órden, que se guardaba en el Consejo, asistian en la Sala de Gobierno cinco Jueces con el Presidente: que con las necesidades de aquellos tiempos crecian los negocios del Gobierno general: que los negocios Eclesiásticos, que por via de fuerza venian á dicha Sala, eran en tanto número, que ellos solos bastaban para ocuparla algunos dias: que quando los Jueces supernumerarios acudian á la misma Sala, se componia de 8. ú 9. Jueces: que por esta causa el Comendador mayor de Leon su antecesor comenzó á introducir, quando se hallaba con número de Jueces suficiente, la division de las dos Salas de Gobierno, y que cada una de ellas despachase los negocios corrientes, reservando los de mayor importancia para toda la Sala junta.

61. En la referencia que se hace de la division de estas Salas, se observa que ninguna pierde la denominacion de ser de Gobierno, ni se distingue con el título de Primera y Segunda, porque siempre quedaba una sola, y á su nombre se despachaban los negocios por los Ministros que se apartaban para su mas pronta expedicion, uniéndose para los de mayor importancia.

62. Continúa la representacion ó consulta, exponiendo que habia hecho lo mismo algunas veces, en inteligencia de que hubiese precedido decreto de S. M., ó Real órden de palabra, dada á su antecesor para poderlo hacer; pero que viendo que algunos Ministros del Consejo hacian escrupulo de esta materia, afirmando que no podia dividirse la Sala de Gobierno en dos, ni formarse entera sin cinco del Consejo y el Presidente, lo representaba todo á S. M., para que se sirviese decirle, si podia dividir la

lá Sala en la forma, y para los fines que se habia usado ántes, de que habia resultado gran fruto. Y S. M. se sirvió resolver lo siguiente: *Está bien; así lo executad.*

63. Por otra Real resolucion á consulta del Consejo de 3. de Enero de 1716. se sirvió mandar S. M., que en la Sala Segunda de Gobierno del Consejo, que temporalmente ha deliberado se tenga para la mas fácil expedicion de los negocios que ocurren, solo se vean peticiones sueltas, los negocios de la Sala de Gobierno que hubieren llegado á estado de contenciosos, y los que la Sala principal remitiere á la Segunda, y no otros algunos.

64. Esta es la primera vez que se oyó el nombre de Sala Segunda en calidad *de temporal*, y para los fines que expresa la enunciada Real resolucion.

65. Los recursos de injusticia notoria, ya sea porque en su orígen y progreso son contenciosos, y están comprehendidos en la cláusula general indicada, ó porque la Sala principal empezó á remitirlos á la Segunda, se han continuado en la misma, y forman una parte de los de su privativa dotacion.

66. La del Consejo consistia, segun su planta antigua, en el número de 16. Ministros, distribuidos en esta forma: cinco y el Señor Presidente á la Sala de Gobierno, tres á la de Justicia, igual número á la de Provincia, y cinco á la de Mil y Quinientas. *Ley 62. tit. 4. lib. 2.*

67. Por el *auto acordado 50. del propio tit. y lib.* se aumentó el número de Ministros á 20., sin incluir el Señor Presidente ó Gobernador, y se continuó su distribucion en las mismas quatro Salas referidas.

68. Por el *auto acordado 71. del mismo tit. y lib.*, que es de 9. de Junio de 1715., se restituyó el Consejo á su antigua planta, acrecentando el número de sus Ministros al de 22., los ocho para la Sala de Gobierno, quatro para la de Justicia, igual número para la de Provincia, cinco en la de Mil y Quinientas, y uno en la Presiden-

cia

cia de la Sala de Alcaldes. Los ocho Ministros se destináron á la Sala de Gobierno con los dos fines que expresa el citado *auto* 71.: Uno fué para que de ellos se suplieran los que faltasen en las otras Salas; y otro para que si ocurrieren algunas veces muchos negocios de la Sala de Gobierno, se divida esta en dos para la mas breve expedicion de ellos, como se ha executado en otras ocasiones.

69. Por la serie de las enunciadas disposiciones se confirma, que en los años de 1700., 1703. y en los anteriores estaba reducido el número de Ministros de la dotacion de la Sala de Gobierno á cinco; y aunque se considere el aumento hasta los ocho, como de estos, aun asistiendo todos, se han de proveer los que falten en las tres Salas de Justicia, se puede considerar que las mas veces no excederian de cinco; y si de los ocho se formaba la Sala Segunda de Gobierno con el número de quatro, que era igual á las de Justicia, quedaba el de la Sala Primera reducido al de quatro.

70. Por todo lo referido se convence, que por los *autos acordados 6. y 7. tit. 20. lib.* 4. se encargó y confió la vista y determinacion de los pleytos de injusticia notoria á los cinco Ministros que componian la Sala de Gobierno, y esto quando asistiesen todos.

71. ¿Qué causas pues han sobrevenido para que en el dia, que conoce la Sala Segunda de estos recursos, no sean suficientes los quatro de su dotacion para verlos y determinarlos? Aunque falte uno de ellos, se despachan con los tres los pleytos y negocios ordinarios que ocurren; pero los de injusticia notoria se ven y determinan siempre por quatro, pues se completa este número con el que señala el Señor Presidente ó Gobernador, ya sea de los de Sala Primera, ó de las otras.

72. Los pleytos que admiten segunda suplicacion, son por lo comun de mayor gravedad y entidad en sus valores, y en la pena de las 1500. doblas que depositan, ó afianzan los que la introducen, y sin embargo se consi-

de-

deró suficiente el número de cinco Ministros para verlos, y el de quatro para sentenciarlos.

73. Así se reconoce por las leyes y autos acordados, que por menor se refieren en el capítulo próxîmo. En la 2. *titul.* 20. *lib.* 4. se dice: Que cinco de los Ministros del Consejo "puedan ver, y determinar cada una de las dichas » causas." En la *ley* 12. *del prop. tit. y lib.* se dispone: Que en los pleytos vistos en grado de segunda suplicacion, y en los que se vieren en adelante, si muriese ántes de sentenciarlos uno de los cinco Ministros, los determinen los quatro que quedan. El *auto* 2. *del mismo titul. y lib.* previene: Que si comenzando á verse algun pleyto de segunda suplicacion, falta alguno de los Jueces por muerte ó promocion, se nombre otro para que se acabe de ver por cinco Jueces. Y esto mismo se repite en la *ley* 62. *cap.* 19. *tit.* 4. *lib.* 2. y en el *auto* 1. *tit.* 20. *lib.* 4.

74. Por las leyes y autos acordados posteriores, que se refieren en el citado capítulo anterior, se mandó que los pleytos de segunda suplicacion se viesen en las sentencias difinitivas, y artículos que tuviesen fuerza de ellas, con los Ministros de las tres Salas de Justicia, que en lo antiguo componian once, y despues se aumentáron á trece, sin que pudiesen empezarse á ver con menor número que el de nueve; pero este mayor número de Ministros fué señalado para la vista; más en quanto á su determinacion se confió á cinco de ellos, aunque hubiesen faltado los demas, ó no pudiesen votar por escrito, cómo se declaró por Real resolucion, publicada en el Consejo á 6. de Setiembre de 1747., á consulta del mismo Consejo de 12. de Agosto anterior, motivada en la duda que ofrecia el mismo decreto de 12. de Julio del propio año de 1747., indicada en el referido capítulo próxîmo.

75. En las enunciadas disposiciones se motiva haber condescendido S. M. á que los pleytos de segunda suplicacion se determinasen por los cinco Ministros que hubiesen quedado, para que no se retardasen con daño del Público y de las partes.

76. Mayor se experimentaria, si para la vista y determinacion de los recursos de injusticia notoria se aumentase el número de los quatro Ministros que componen la Sala segunda, pues no solo se retardarian los pleytos de esta clase, sino que se interrumpiria el despacho de otros negocios de la mayor importancia. Y aunque por Real resolucion de 9. de Junio de 1715. se acrecentáron cinco plazas en el Consejo, la experiencia de muchos años me ha hecho conocer, que no alcanzan á completar la dotacion de las Salas, especialmente en el estado presente; hallándose unos Ministros excusados de asistir al Consejo por Reales Cédulas de S. M., otros enfermos, ausentes y ocupados en varias comisiones, sin incluir las vacantes de plazas, cuya provision se dilata por necesidad algunos meses.

CAPÍTULO VI.

De la recusacion de los Jueces.

1. Entre todos los medios y modos que los hombres tienen de defender sus facultades y derechos, es sin duda la recusacion uno de los mas cumplidos y seguros; pues siendo un remedio preventivo que se anticipa al daño, es como todos los de esta especie mas ventajoso que los que se buscan para reparar el mal ya sucedido. Por esta razon el solo temor de que pueda venir y suceder el daño justifica la recusacion. *Ley 1. Cod. Quando liceat unicuique sine Judice se vindicare. Ley 5. Cod. In quibus causis in integrum restitutio non est necessaria. Ley 2. ff. de Damno infecto.*

2. Si se opone al Juez ordinario ó al delegado, no se expresa la causa, ni las leyes antiguas imponian obligacion de jurarla, si la parte contraria no lo pedia. *Ley 22. tit. 4. Part. 3. ibi*: "Jurando el que esto dixere, si le demandaren la jura, que lo non dice maliciosamente, por alongar el pleyto, mas porque ha miedo, é sospecha del Juez. E despues que lo oviere dicho, é jurado, non le

„debe el Judgador apremiar de responder antel, maguer „non le diga, porque razon lo ha por sospechoso. Ca se„gun es establecimiento de las leyes antiguas, non há „porque lo decir, si non quisiere." La *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 3. del Ordenamiento tiene por suficiente alegar por sospechoso al Alcalde, jurando que no lo hace de malicia, sin necesidad de expresar la causa. Esta ley se trasladó casi en todas sus palabras á la 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *de la Recop.*, viniendo á ser uniforme en todos tiempos la regla, de que no es necesario alegar causa particular en que se motive la recusacion.

3. Dos observaciones he debido hacer sobre lo dispuesto en la citada *ley* 22. *tit.* 4. *Part.* 3.: Una, en la razon que señala para continuar con la regla indicada, ibi: "Ca „segun es establecimiento de las leyes antiguas, non há „porque lo decir, si non quisiere:" Otra en la referencia que hace á las leyes antiguas, pues en esta clase considero la *ley* 22. *tit.* 1. *lib.* 2. del Fuero de los Jueces, en la qual se dispone entre otras cosas lo siguiente: "O por ventura „diz que el su Juez mismo ha sospechoso."

4. Por resumen viene á decir la citada ley de Partida, que no hace novedad en quanto á que se proponga generalmente y en confuso la sospecha contra el Juez Ordinario ó delegado, porque así estaba dispuesto con la propria generalidad en las leyes antiguas.

5. Este pensamiento de seguir ciegamente, y sin la debida crítica ó discernimiento la antigüedad, trae muchas veces el daño de no perfeccionar las cosas, ya sea en el estado civil ó en el físico, cerrando la puerta al adelantamiento y mejoras de que son capaces las materias, que aunque se hayan tratado por siglos de un mismo modo, se ha manifestado despues de ellos el error que contenian, y se ha demostrado la verdad por la razon y la experiencia.

6. Esta sola consideracion obliga á inquirir los daños que producen al Público y á las partes las recusaciones generales, y si seria mejor que se obligase á señalar

y determinar la causa, en que pretenden fundar el temor ó sospecha del Juez Ordinario ó delegado.

7. Los Jueces Ordinarios son acreedores de justicia, por una presuncion poderosa, á que se consideren con la integridad y justificacion necesaria á llenar las obligaciones de su oficio; y por estos respectos deben ser tratados con honor en las palabras y en los hechos, corrigiendo y castigando á los que de qualquier modo se exceden, injuriándolos, como se dispone tantas veces en las leyes del Reyno y en los Cánones.

8. Quien recusa al Juez, duda de su integridad, y empieza desde aquí la injuria. Le considera fácil á desviarse del camino recto de la integridad y de la justicia por causas y motivos, que ó no deben imputársele, ó deben despreciarse. Esta es una proposicion en que convienen las leyes y los Autores.

9. Las causas para recusar pueden ser varias: Unas inocentes sin culpa delos Jueces, como la de parentesco de consanguinidad y afinidad, ó la de amistad anterior con alguna de las partes que litigan; y otras criminosas, como la de soborno, enemistad y las semejantes. Quien recusa sin expresar la causa, envuelve todas las que puede haber, y dexa al arbitrio del Público que conciba contra la opinion del Juez recusado la que le sea mas perniciosa, y esto aumenta la injuria, y se le priva de su natural defensa.

10. Si el juramento del que recusa ha de servir de prueba de la causa en que se funda, caerá mas fácilmente en su malicia, seguro de que no puede descubrirse, ni convencerse; y esta ocasion en que se ponen las partes, no solo de proceder maliciosamente en las recusaciones, sino tambien de abusar del juramento, está indicada y comprobada con la experiencia que recuerdan las leyes Reales, señaladamente la 1. *tit.* 5. del Ordenamiento, ibi: "Recusaciones ponen los demandados algunas ve-»ces contra los Jueces maliciosamente, por no responder »á las demandas que les son puestas." *Ley* 2. *tit.* 10. *lib.* 2. *Recop.* ibi: "Porque muchos maliciosamente, y sin justa »cau-

»causa se atreven á recusar:::" *Ley* 17. *del propio tit: y lib.* ibi: "Porque sin embargo de lo que está proveido por »leyes de nuestros Reynos, todavía se hacen muchas re»cusaciones con malicia."

11. El juramento se dirige á probar que el ánimo de la parte que recusa no se mueve de malicia por alargar el pleyto, ó por injuriar al Juez; pero no trasciende á calificar de verdadera, suficiente y justa la causa del temor y sospecha que concibe, pudiendo suceder, y acaso será así las mas veces, que ó no hubiese causa alguna para desconfiar del Juez, ó no fuese suficiente para recelar que faltase á la justicia.

12. Las leyes andan siempre diligentes en apartar las ocasiones de pecar, y en alejar los peligros de las partes y del Público, precaviéndolos con oportunas providencias; y ningun riesgo puede ser mas notorio en lo espiritual y temporal, que el indicado en las recusaciones vagas.

13. Ninguno puede encargar á otro la administracion de sus bienes, relevándole de dar cuenta y razon. El padre en uso de su patria potestad puede dar tutor á sus hijos, y exônerarlos de fianza; pero no de dar cuenta de la tutela. Estas disposiciones y otras semejantes se fundan, en que teniendo los hombres la seguridad de que no serán descubiertos sus excesos, están en carrera de cometerlos. Así se explican las *leyes* 29. *y* 33. *tit.* 11. *Part.* 5. *ley* 5. §. 7. *ff. de Administrat. et periculo tutorum*: *ley* 119. *de Legatis primo*, *ley* 9. *y* 20. *de Liberatione legata*, y el Señor Covarrubias con otros que refiere *en el lib.* 2. *de sus Varias. cap.* 14. *n.* 3.

14. En las recusaciones de los Presidentes y Ministros del Consejo, Alcaldes de Corte, y los de las Chancillerías y Audiencias, se deben expresar las causas; y pareciendo justas, probables y tales, que probadas sean suficientes, se admiten, y es del cargo de la parte que recusó probarlas, y no lo haciendo, cae en la pena que señalan las *leyes del lib.* 2. *tit.* 10. y los *autos acordados del propio tit. y lib.* Estas nuevas calidades, que se han exîgido

do en las recusaciones de los Magistrados superiores, se motivan en la malicia con que muchas veces los recusaban las partes; y quando se atreven á ofender á unos Jueces de tan alta autoridad, ¿qué no harán con los inferiores, y quánto mayor y mas repetido será el peligro de que abusen con dolo y malicia del remedio de la recusacion, que es recomendable quando se dirige de buena fe á la defensa natural, y debe ser punible si se convierte en daño del Público y de las partes?

15. Yo no hallo diferencia entre la mayor ó menor autoridad de los Jueces que se recusan, para que en unos tengan libertad absoluta de ofenderlos con malicia y dolo, sin permitirles la natural defensa de su honor y opinion; y que en otros se hayan puesto tan exâctas precauciones para contener y corregir la malicia de los que intentan recusarlos. Que hubiera alguna diferencia en la mayor pena con que deben ser castigados los que no justifican sus recusaciones contra los Jueces superiores, era muy razonable; pero dexar á unos enteramente indefensos, sin que puedan ni aun saber los motivos que hayan dado para ser recusados, parece que no es compatible con el derecho, que tienen todos á mantener su honor y buen nombre, defendiéndose de las calumnias con que se intenta obscurecer.

16. Por último si la causa de la recusacion es verdadera, y suficiente para sospechar del Juez inferior, ¿qué reparo puede tener la parte en expresarla y probarla? Si es inocente, como la de parentesco, ó amistad anterior al pleyto, logrará la parte su intento, y el Juez quedará sin agravio en el Público; y si la causa fuese criminosa, importa á la República su castigo, pues con el exemplo de unos se contienen los demas.

17. El Derecho Canónico precavió los mismos riesgos en la malicia de los que recusan los Jueces Eclesiásticos, disponiendo que expresen las causas en que fundan la sospecha, y que las prueben ante los árbitros, que deben nombrarse en el breve tiempo que á este fin les se-

ña-

ñalen; y no probándolas, ó no declarándose por justas, procede y continúa el Juez Eclesiástico en el conocimiento de la causa. Esto es lo que sin diferencia de Jueces Ordinarios ó delegados disponen el *cap. 39. de Officio et potestate Judicis delegati*, *cap. 61. de Appellat.* y otros que refiere Gonzalez en sus Comentarios.

18. He indicado y reunido las consideraciones antecedentes con el deseo de que se mejorase este artículo, si pareciese á otros de superiores luces que merece exâminarse del modo y por los medios que señalan las leyes, especialmente la 17. *y* 18. *tit.* 1. *Part.* 1. y la 7. *y* 8. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*

19. El principal efecto de la recusacion del Juez Ordinario, segun el tenor de las leyes Reales que se han referido, se reduce á que tome otro, con quien proceda á substanciar y determinar la causa. La *ley* 22. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo* manda: "Que se acompañe con el Obispo »de la Cibdad," y no dexa eleccion para nombrar otro, ibi: "Mas aquellos Jueces que él dice, que ha sospechosos, »deven juzgar el pleyto, é oir con el Obispo de la Cibdad; »é lo que juzgaren, metanlo en escrito."

20. En lo antiguo mereció con los Christianos grande concepto la autoridad del Obispo para juzgar sus causas en forma de árbitro, reduciéndolos á la paz sin estrépito ni figura de juicio; y con este importante fin ponian en sus manos con mucha freqüencia todos sus derechos. Los Emperadores y los Reyes veian el fruto que producian estas convenciones en lo espiritual y temporal, y las protegian, elevando las determinaciones de los Obispos al grado mas sublime de cosa juzgada, sin permitir su reclamacion. Sozomeno *lib.* 1. *de su Historia Eclesiástica cap.* 9., Baroni. *Ann. ann.* 398. *n.* 63., Tomasino *de Disciplina Eclesiástica part.* 2. *lib.* 3. *cap.* 102. *n.* 1. *y* 2., Van-spen *de Jure Ecclesiastico part.* 3. *tit.* 1. *cap.* 1. *n.* 17., Divus Augustinus *de Opere Monachorum cap.* 29. y Posidio *de Vita Augustini cap.* 19., quienes reunen todas las leyes y autoridades que confirman las proposiciones indicadas.

Co-

21. Como en tiempo de los Godos mantenian los Obispos la misma autoridad y respeto, como lo refiere Ambrosio Morales *en su Crónica lib.* 12. *cap.* 31., citado tambien en el Comentario á dicha *ley* 22., fué muy oportuno, para remover la sospecha del Juez recusado, que le acompañase el Obispo.

22. La experiencia haria conocer que, ocupándose principalmente el Obispo en los ministerios espirituales de su cargo, no podria atender á la ordenacion y decision de las cosas temporales, dilatándose necesariamente con daño de las partes y del Público, y obligarian estas consideraciones á relevarlos de esta penosa ocupacion, confiándola á otras personas de integridad y buen seso, á eleccion del mismo Juez Ordinario recusado; como se dispone en la citada *ley* 22. *tit.* 4. *Part.* 3., y en la 1. *tit.* 5. *lib.* 3. del Ordenamiento.

23. Esta práctica, observada constantemente en los Tribunales por el tenor y forma de las leyes citadas, induce una diferencia, en que convienen los Autores, respecto á los Jueces delegados; pues estos con la misma recusacion general jurada quedan removidos de todo el conocimiento de la causa que les era encomendada, como se dispone en la enunciada *ley* 22. *tit.* 4. *Part.* 3.

24. La razon en que funda la ley la diferencia indicada, consiste, segun expresa la misma ley, en "que despues que tal Juez como este es escogido del Rey por bueno, y le ha otorgado poderio de librar todos los pleytos, de aquel Logar do es puesto, non deve ome haber mala sospecha, que él ficiese en ningund pleyto[a], que demandasen antel, si non lo mejor."

25. Es muy crecido el número de los Jueces Ordinarios que exercen jurisdiccion en estos Reynos, sin que hayan merecido la aprobacion, ni el nombramiento de S. M., ni aun tenga noticia de sus personas, de su literatura, ni de sus costumbres, por ser nombrados por los dueños particulares de los Pueblos y su jurisdiccion, y otros elegidos por los mismos Pueblos; y faltando en

en todos ellos aquella razon distintiva, que expresa la ley como causa principal, para no remover los Jueces Ordinarios del conocimiento del proceso en que son recusados, debia por conseqüencia cesar este efecto, y considerarse como los delegados, para separarlos enteramente.

26. El acompañado, que nombre el Juez Ordinario, no puede serenar los recelos de la parte que le recusó: porque si este le fué sospechoso al tiempo de su recusacion, quedará con ella mas irritado y contrario, como lo acredita la experiencia, y lo indicó el *capit.* 39. *de Offic. et potest. Judic. delegati* ibi: *Suspicionis causa contra Judicem asignata, non ipse (qui forsan provocatus obesset) sed arbitri potius*:::: y la *ley* 11. *ff. de Recept. qui arbitrium.* Carrasco del Saz *ad Leg. Rec. cap.* 10. *n.* 347.

27. Quando el acompañado no se adhiera al dictamen del Juez principal, que sucede las mas veces, quedarán en discordia, y producirá mayores daños á las partes; y esta es otra prueba de no ser este medio suficiente á remover la sospecha, y los daños que temia la parte que recusó al Juez Ordinario.

28. Los Ministros de los Tribunales superiores, que fueren recusados, probada y declarada la causa por suficiente, son removidos enteramente, sin que los compañeros alcancen, juzgando con el mismo recusado, á quitar la sospecha. ¿Pues cómo podrá extinguirse, permaneciendo el Juez en el conocimiento de la causa con solo un acompañado que nombre el mismo?

29. Lo dispuesto por el Derecho Canónico en todos los Jueces Eclesiásticos que se recusan, califica igualmente no haber tenido por suficiente el acompañado, y estimó necesario remover al Juez recusado.

30. Para llegar á esta decision, juzgáron indispensable que se expresase la causa, que se examinase y declarase por justa y bien probada, confiando este conocimiento en el primer caso á los Ministros de la Sala en que estaba el recusado, y en el segundo á los árbitros. Uno y otro se

expresa en las *leyes del tit.* 10. *lib.* 2. *de la Recop.* y en el *cap.* 39. *de Offic. et potest. Judic. delegat.*; en el 61. *de Appellat.* y en el 2. *eod. tit.*, conformándose con sus respectivas disposiciones Gonzal. *en sus Comentarios.* Aceved. *en la ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *de la Recop. n.* 14. con otros que refieren.

31. Queda dicho, y consta por la letra de las citadas leyes, que para tranquilizarse el que recusa al Juez Ordinario, debe este tomar por acompañado un hombre bueno; y como las leyes no determinan quien ha de pagar los derechos y costas que se acrecientan con este nuevo Juez, han excitado esta duda algunos Autores. Acevedo, *sobre la enunciada ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *de la Recop. n.* 21., dice que el recusante debe pagar los gastos y costas que cause el acompañado; fundándose en que este fué la causa de nombrar á un Juez extraño. Lo mismo asegura Avendaño *in cap. Prætor. lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 15.

32. Pero la razon que indican es debilísima: porque la parte, que estima sospechoso al Juez Ordinario, usa de su derecho, por un medio que se funda en la razon natural; pues se dirige á su defensa, y es incompatible con la culpa que se le atribuye. La recusacion y el juramento suponen que hay causa suficiente y justificada, y parecia que mas recae sobre el Juez la sospecha, y el motivo de aumentarse otro.

33. Todos los inconvenientes que se han indicado, y resultan de admitirse las recusaciones de los Jueces Ordinarios, sin expresar la causa y probarla, cesarian si se procediese del modo y forma establecida por el Derecho Canónico en los respectivos Jueces de su fuero, y de lo que determinan las leyes en los Ministros de los Tribunales superiores; y se lograría tambien el fin de que no se repitiesen con tanta freqüencia, y que los mismos Jueces se contuviesen en sus obligaciones, sabiendo que sus excesos podian descubrirse y justificarse, quando alguna de las partes concibiese de ellos sospecha en la administracion de la justicia.

Si

34. Sì se cotejan fielmente con algunas observaciones oportunas las leyes que se han referido, y tratan de las recusaciones de los Jueces Ordinarios seculares, y las que disponen lo conveniente para las de los Ministros del Consejo, Chancillerías y Audiencias, se formará un resumen de las calidades en que convienen, y en que se diferencian, y se percibirá con claridad toda esta materia, evitando la obscuridad y digresion con que la tratan los Autores en tantas partes, señaladamente Carrasco del Saz, *ad Leges Re. lib. 2. cap. 9.*, con los demas que refiere.

35. Toda recusacion debe hacerse con causa justa, suficiente para inducir sospecha del Juez; y que se pruebe por la parte que recusa. En la del Juez Ordinario el juramento solo prueba que hay causa, que es justa y suficiente para darle por sospechoso, y remover la desconfianza que concibe y ha explicado la parte en su recusacion, por los medios que señalan las leyes, y quedan referidos.

36. En la de los Magistrados superiores hay dos juicios: Uno preliminar, en donde se exâmina si la causa es suficiente para introducir sospecha del Juez recusado. Si se estima y declara no serlo, se repele la recusacion por frívola y calumniosa; y siendo suficiente, y tal qual probada, deba ser dado el Juez por recusado, se pasa al segundo juicio, en donde debe la parte probarla plenamente, y en su defecto incurre en las penas de temerario, injusto y calumniante, que disponen y señalan las leyes.

37. La *2. tit. 10. lib. 2. de la Recop.* pide tres cosas, que son, alegar justa causa de sospecha, jurarla y probarla. La *ley 3. siguiente* está mas expresiva en las tres partes referidas, pues dispone: Que quando alguno recusare á los del Consejo, ó al Presidente, ó Oidores, ó á qualquier de ellos, vean luego y exâminen los demas el escrito de la recusacion; y si las causas en él contenidas son justas y probables, y tales que probadas, resultaria justa la recusacion, en tal caso la admitan. Hasta aquí se decide el

 jui-

juicio preliminar de estimar justa y suficiente la causa de la recusacion, y así se encarga que se reduzca su exâmen al escrito de la recusacion.

38. Continúa la ley disponiendo, que si las causas en que se motiva, no fueren tales que se deban recibir, no admitan la tal recusacion, ni se ponga el escrito en el proceso, y condenen á la parte que la puso en 3∂. mrs. por la recusacion de dicho Juez.

39. La *ley 6. del propio título y libro* supone deberse admitir la recusacion, que se motiva en causas justas y suficientes para haber por recusado al Juez. Supone tambien que la parte que recusa debe probarlas; y á este fin dexa al arbitrio de los Jueces el señalamiento del término que les pareciere, con tal que no exceda de los puertos acá de quarenta dias, y de los puertos allá de sesenta; y reduce al número de seis testigos los que se han de presentar en cada pregunta.

40. Entre los dos casos, de no admitirse la recusacion, por fundarse en causas frívolas, y de no probar las que se proponen como justas y suficientes, proceden las leyes con diferencia en la pena; pues la que se impone á los del caso primero es de 3∂. mrs., y la del segundo es el diezmo de lo que montare el pleyto, con tal que la dicha pena no pueda exceder de 30∂. mrs. Esto es lo que se dispone en las citadas dos *leyes* 2. *y* 3.

41. La 17. *del mismo tit. y lib.* aumenta la pena del que no probare las causas de la recusacion de los del Consejo á 60∂. mrs.; y la de los Alcaldes y Oidores á 30∂. Esta separacion con que hablan las citadas leyes, como tambien la 4. *del mismo tit. y lib.*, demuestra los dos juicios de las recusaciones, uno relativo á declarar por justa y suficiente la causa con que se propone, y otro en que se determina difinitivamente si se ha probado en bastante forma, para dar por sospechoso al Juez.

42. El *auto acordado 6. del propio tit.* 10. *lib.* 2. trata de las recusaciones de los Alcaldes de Corte, que conocen de las causas civiles en grado de apelacion, y entre

 otras

otras cosas dispone, que no dando las causas por bastantes, condenen á la parte que recusó en 2Ə. mrs.; y siendo dadas por bastantes, y no probándose, la condenen en 6Ə. mrs. Esta discretiva disposicion confirma las anteriores que se han referido, y manifiesta la uniformidad con que proceden las leyes en estos dos puntos.

43. Hay otros muy principales que conviene exâminar. En el primero se tratará de las personas que pueden recusar, así á los Jueces Ordinarios, como á los del Consejo, Chancillerías y Audiencias. En el segundo se hablará del tiempo en que deben ponerse las recusaciones, probarse y determinarse. Y por este órden se percibirán sus principales efectos.

44. La *ley* 22. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo*: la 22. *tit.* 4. *Part.* 3.: la 1. *tit.* 5. *lib.* 3. *del Ordenamiento Real*: la 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *de la Recop.*, y todas las del *tit.* 10. *lib.* 2., y los *autos acordados* que tratan de las recusaciones, las ponen en boca de las mismas partes que litigan, sin hacer memoria de Procuradores, ni del poder general ó especial, en cuya virtud puedan recusar por sospechosos los Jueces Ordinarios, delegados, ó los que juzgan en los Tribunales superiores.

45. Esta omision, con que proceden las enunciadas leyes, manifiesta que no hay alguna que determine si el poder ha de ser especial ó general; y que solo por argumentos fundados en razones sólidas han convenido los Autores en que el Procurador de las partes que litigan, puede recusar con poder especial, haciendo las solemnidades del juramento, y expresion de causas en los respectivos casos que lo deberia hacer la misma parte principal.

46. Fúndanse lo primero, en que las recusaciones forman una causa de gravedad, por la injuria que hacen á los Jueces, quando las ponen maliciosamente. Lo segundo, en que debiendo jurar que no recusan por malicia, ni por alargar los pleytos, solo puede hacer este juramento el mismo interesado que litiga, ó con poder especial su Procurador. Lo tercero, que imponiéndose penas

nas á los que recusan sin justa causa, ó no la prueban, á los Jueces de los Tribunales superiores, no puede el Procurador sin poder especial hacer responsable á su principal en las penas referidas.

47. Así se explican los Autores, señaladamente Larrea *alegacion* 48. *n.* 12. Acevedo á la *ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *n.* 4. Covarrub. *in capite Quamvis, de Pactis in sexto parte* 1. §. 5. *n.* 18. *al* 20. y en el *lib.* 1. *de sus Varias cap.* 6. *n.* 2. haciendo uso en confirmacion de sus opiniones de la *ley* 39. §. *último ff. de Procuratoribus*, y de la *ley* 17. *títul.* 5. *Part.* 3.

48. Las leyes y Autores citados en el número próxîmo refieren las precisas calidades, que debe contener el poder para que sea especial y suficiente para jurar y recusar; y son, que exprese el pleyto, las personas que litigan, que nombre el Juez, y proponga las causas y motivos en que funda la sospecha del mismo, concediendo en su conseqüencia poder y facultad al Procurador, para que le recuse y jure que no lo hace de malicia.

49. Qualquiera de estas circunstancias que falte al poder, debe el Juez repelerle de oficio, y no admitir la recusacion. La *ley* 2. *tit.* 2. *lib.* 4. dice: Que al Procurador, que no presentare poder bastante, no se le dé carta de emplazamiento: la 3. *del prop. tit. y lib.*: Que se presente el poder, y le vea el Abogado, y firme á las espaldas si es ó no bastante; y si los poderes no son bastantes, los repelan, y á los tales Procuradores. *Ley* 55. *tit.* 1. *lib.* 3. y *ley* 24. *tit.* 16. *lib.* 2. Rebuff. *tom.* 3. *Constit. Francor. tit. de Recusationibus art.* 1. dice: Que si el Procurador con poder general recusare al Juez, y pidiere término para que su principal apruebe la recusacion con mandato especial, que se le debe conceder el competente, segun la ausencia y distancia del principal; y que entretanto debe suspender el Juez todo procedimiento en el pleyto. Lo mismo dice Acevedo á la *ley* 1. *tit.* 16. *libro* 4. *n.* 4. *in fine.*

50. Pero como estos Autores no fundan su opinion en

en ley, razon ni práctica, por lo que la llama Acevedo singular, no se debe seguir; pues la resisten las mismas leyes que se han referido, y que apetecen poder bastante para que sean oidos los Procuradores.

51. El tercero coadyuvante puede recusar en los términos y calidades que están señalados al principio. *Ley* 15. *tit.* 10. *lib.* 2.

52. En quanto al tiempo en que debe hacerse la recusacion, procede la regla de no poder recusar al Juez, que se haya aprobado por palabras ó hechos: porque se caeria en la torpeza que resisten las leyes, de venir contra su propio hecho, como se explica la *ley* 13. *Codic. de Non numerata pecunia*: ibi: *Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eumdem casum infirmare, testimonioque propio resistere.*

53. El que pone su demanda ante un Juez, le aprueba, y no puede despues recusarle; y de este principio procede la obligacion de responder en el propio Tribunal á la reconvencion y mútua peticion que le ponga el demandado, como se fundó largamente en el capítulo sexto de la primera parte.

54. Por la contestacion del demandado se induce igual aprobacion, y no puede despues recusarle.

55. Esta regla recibe una limitacion, que viene á ser general en todos los estados del pleyto, y abraza dos excepciones: Una, quando la causa de sospecha nace despues de la aprobacion del Juez: Otra, quando, aunque hubiese nacido ántes, la ignoró la parte, y vino nuevamente á su noticia; pues en qualquiera de estos casos puede usar libremente de la recusacion, porque la novedad de la causa ó de la noticia excluyen el consentimiento en la aprobacion del Juez, y se repone la parte en el principio de poderse defender por medio de la recusacion.

56. Hay cierta diferencia entre la que se pone al Juez Ordinario, y la que se dirige á los Ministros de los Tribunales superiores; y consiste en que los primeros pueden recusarse en qualquier estado del pleyto, aunque esté

té concluso y dada la sentencia, con tal que no se haya notificado, ni publicado.

57. Esta es doctrina del Señor Covarrubias en el *capit. 26. de sus Prácticas n. 2.*, á quien siguen Paz *Prax. tom. 1. part. 1. temp.* 10. *n.* 18. Cur. Filip. 1. *p. del Juicio Civil.* §. 7. *n.* 11. y Aceved. en la *ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *n.* 24. Fúndanse en que no pide expresion de causa, ni mas prueba que la del juramento, el qual puede hacer la parte en qualquier estado de la causa, sin el inconveniente de dilatarla.

58. Como no hay ley que decida estos dos puntos, diria yo que el juramento, que hace la parte de no recusar por calumnia, ni con ánimo de alargar el pleyto, no era suficiente para dar por recusado al Juez que habia sido hasta entónces aprobado por la misma parte; y solo daria lugar á la recusacion, si adicionase y extendiese aquel juramento á decir, que la causa de sospecha habia nacido, ó llegado nuevamente á su noticia en aquel tiempo en que hacia la recusacion: porque si fuese cierto alguno de estos dos hechos, ningun reparo debe tener en afianzar con su juramento esta verdad, removiendo con él la grave sospecha, que le resultaba de su anterior aprobacion, de que procedia á recusar al Juez sin justa causa, como lo hacen las mas veces, segun la experiencia que se repite en las leyes del Reyno.

59. El juramento de las recusaciones en los Jueces Ordinarios produce el efecto singularísimo de probar que la causa en que se motiva es justa, suficiente y verdadera; y que no se mueve de malicia; y no permite la razon, ni la ley, que se atribuyan tantas singularidades á un acto, especialmente quando se dá lugar con esta ampliacion á facilitar mas la malicia, á que están expuestas aun desde los principios semejantes recusaciones, y mucho mas si se hacen despues de estar escrita y firmada la sentencia del Juez Ordinario, y entregada al Escribano; pues admitiéndose en este caso la recusacion, como lo asegura el Señor Covarrubias en el

ci-

citado *cap. 26. de sus Prácticas n. 3. vers. Ceterum*: ibi: *Nihilominus eam quotidie apud Hispanos admittimus*: las mas veces lo harán las partes, por haber llegado á entender que la sentencia les perjudica, y es justo que el mayor peligro y facilidad se contenga y corrija con prevenciones mas estrechas.

60. Las recusaciones que se dirigen á los Ministros de los Tribunales superiores, aunque convienen con las otras en algunos puntos que sirven de regla, y quedan expresados, tienen notable diferencia en el tiempo de proponerlas; y aunque hizo mérito de ella el mismo Señor Covarrubias *en el capítulo citado n.* 3., se percibirá con mayor claridad por el órden de las leyes que la estableciéron.

61. Las 1. 2. 3. *tit.* 10. *lib.* 2. dexan entera libertad para recusarlos en qualquiera parte y estado del juicio, como se manifiesta de lo indefinido y general de sus palabras, señaladamente de las que pone la citada *ley* 1. en su principio, ibi: "Ordenamos que cada y quando que alguno quisiere recusar por sospechoso á alguno de nuestro Consejo, que en él residiere, ó de los nuestros Oidores:::: que lo pueda facer, jurando la sospecha en devida forma, y poniéndola honestamente."

62. La *ley* 4. *del propio tit. y lib.* señaló la conclusion del pleyto por término de la ilimitada anterior libertad, que tenian los litigantes para recusar, de la qual abusarian con malicia, como lo acreditan las mismas leyes; y desde esta disposicion quedó establecida la regla, de que solo pueden recusar hasta la conclusion de la causa para sentencia difinitiva.

63. Desde la conclusion en adelante pueden tambien recusarse los del Consejo y Oidores por causas nacidas despues de ella, ó que viniéron en aquel tiempo nuevamente á su noticia, aunque hubiesen nacido ántes de la conclusion. La diferencia de la recusacion en estos dos casos consiste en que por las causas nacidas despues de la conclusion, pareciendo ser bastantes para dar por recusado al Juez, deposite la parte 300. mrs., y las pruebe del modo

y forma que podria hacerlo, si los hubiera recusado ántes de la conclusion, conforme á la *ley 2. del propio tit. y lib.*

64. En el segundo caso de exîstir la causa de sospecha ántes de la conclusion, y haber llegado despues de ella á noticia del que recusa, se admite igualmente con el mismo juramento que en el caso antecedente; pero no puede probarla de otro modo que por la confesion del Juez recusado, sobre las posiciones que en el mismo escrito de la recusacion debe poner, obligándose á pagar la pena de los 30∂. mrs., sin que sea necesario que dé fiadores, ni que los deposite.

65. Esta segunda diferencia de mandar depositar los 30∂. mrs., quando se recusa por causa nacida despues de la conclusion, y relevar del depósito y fianza, poniéndose la recusacion por causa nacida ántes de la conclusion, que llegó despues de ella á noticia de la parte, tiene á primera vista alguna repugnancia, si se considera que hay mayor libertad para recusar por causa que nació despues de la conclusion, que por la que, habiendo nacido ántes, llegó despues á noticia de la parte: porque en este caso puede tener algun cabimiento la malicia, y parecia que debia ponerse mas estrecho remedio en su admision, asegurando la pena con el depósito, sin confiarla á sola su obligacion.

66. Yo no descubro otra causa para la diferencia indicada (pues no la ofrece la citada *ley* 4.) que ser en el primer caso mayor el daño que vá á producir la recusacion, dilatando el pleyto con la probanza de instrumentos y testigos, que puede hacer la parte que recusa; y en el segundo queda expedito su curso en el momento que jure y declare el Juez recusado.

67 Esta declaracion ó confesion del Juez á las posiciones de la parte que recusa, es general segun la disposicion de la citada *ley* 4., y pareció preciso que se limitase á jurar, declarar y responder á las preguntas no criminosas, como se expresa en la *ley 7. del propio tit. y lib.*

68. Esta última ley ofrece alguna duda en si comprehen-

hende las recusaciones, que se hacen ántes y despues de la conclusion del pleyto, ó si es limitada á estas últimas. En aquellas deben probar las causas de la recusacion, y como no se dice si la parte que recusa puede valerse en lugar de prueba, ó para suplir y ayudar la que no puede hacer cumplidamente por instrumentos y testigos, de la confesion jurada del Ministro recusado, pareció conveniente quitar esta duda en la citada *ley* 7.

69. La generalidad con que se impone al Ministro del Consejo, Oidor ó Alcalde la obligacion de jurar, declarar y responder, sin distinguir el tiempo en que sea recusado, no permite restriccion alguna á las que se pongan ántes de la conclusion ó despues; y es más conforme en qualquiera duda que abrace las primeras que están en la regla.

70. Estas declaraciones se mandan hacer sobre las preguntas no criminosas. La *ley* 4. dispone que se hagan sobre las posiciones. Entre estas y aquellas hay notable diferencia, como puede verse en los tratados que han escrito los Autores sobre las *posiciones*, especialmente Michalori. Las posiciones son relativas á las partes que litigan, y las preguntas son comunes á los testigos; y como estos pueden recibirse para la prueba de la recusacion que se pone ántes de la conclusion, es otro argumento de que la *ley* 7. habla de este caso.

71. El *auto acordado* 4. *tit.* 10. *lib.* 2. pone en toda claridad este pensamiento; pues se determinó por todo el Consejo, que de lo que declare el Señor de él en la recusacion que le fuere puesta, no se dé traslado en ningun caso, aunque se haya de recibir á prueba.

72. Esta solo tiene lugar en dos: Uno quando se pone en el tiempo habil de la regla; y otro quando se recusa despues de la conclusion, vista del pleyto y lapso de los 30. dias, por causa nacida despues de ellos; y explicándose el auto del Consejo en términos que abraza estos dos casos, no se puede dudar que en uno y otro puede pedirse, y debe hacer el Ministro recusado el juramento y con-

fesion sobre las preguntas no criminosas; y que quando no se han de recibir á prueba las causas que nacen ántes, y llegan despues á noticia de la parte, tiene lugar la confesion del Juez sobre las posiciones.

73. Para que el Ministro recusado jure y declare en los casos de la citada *ley* 7., es necesario que la parte lo pida, ibi: *Si la parte pidiere que jure sobre la recusacion*; y este es otro argumento de que habla de las recusaciones en que hay otras pruebas.

74. El de las recusaciones, que se ponen despues de la conclusion, tiene su decision clara en la *ley* 4. y seria inutil la de la 7. Añade esta, que el juramento, declaracion y respuesta sea sobre las preguntas no *criminosas*, y de esta explicacion infiero yo, que en las recusaciones que se hacen despues de la conclusion del pleyto, por causas que naciéron ántes, pero que llegáron nuevamente á noticia de la parte, no se pueden admitir hechos ó causas criminosas; porque debiendo reducirse la prueba al juramento y confesion del Juez sobre las posiciones del que recusa, serian ilusórias las criminosas, supuesto que el Ministro no debe responder á ellas.

75. La citada *ley* 4. permitia recusar despues de la conclusion del pleyto en los dos casos expresados, y no señala tiempo para poner la recusacion, de lo qual se aprovechaban las partes, usando de ella en la vista del pleyto, ó despues ántes de publicarse la sentencia, sin embargo de que mediase mucho tiempo entre la conclusion y la vista ó sentencia.

76. Tambien se observó que siguiéndose algunos pleytos en que no hay conclusion, pretextaban las partes que podian recusar, y recusaban con efecto al tiempo de verse, despues de vistos; y otras veces quando se querian determinar; y para ocurrir á esta malicia, y á los daños que producia, declaró la *ley* 12. *del propio tit. y lib.* que la vista del pleyto, y 30. dias mas despues de ella, tuviesen el mismo efecto que la conclusion.

77. Esta ley habló solamente de aquellos pleytos que

por

por su naturaleza y calidad se veian y determinaban sin conclusion de las partes; y en ellos permite poder recusar á los Jueces dentro de 30. dias despues de visto el pleyto, y es consiguiente se guarden en esta recusacion las reglas comunes, que están dadas para las que se ponen ántes de la conclusion.

78. Lo dispuesto en esta ley que fué limitado, como se ha dicho, á los pleytos en que sin conclusion de las partes procedian los Jueces á verlos y determinarlos, se hizo general á todos; aunque se pusiese la conclusion; y por este medio quedó sin efecto este punto y término, que ántes excluia la recusacion en forma comun, y se permitió hacerla y probarla dentro de 30. dias, contados desde que se comenzare á ver el pleyto; y esta fué la nueva disposicion de la *ley* 19. y siendo comun en el efecto con las anteriores, que permiten recusar en qualquiera parte y estado del pleyto.

79. Desde este punto de la vista del pleyto y curso de los 30. dias empiezan á correr las recusaciones privilegiadas; esto es, las que se ponen por causas nacidas despues de dicho término, ó por las que, aunque existiesen ántes, llegáron nuevamente á noticia de la parte.

80. No fué mas feliz y permanente lo dispuesto en esta última ley que lo mandado en las anteriores; pues se alteró en las partes mas esenciales por la *ley* 21. y por el *auto* 10. *del propio título y libro.* En ellas se manda con uniformidad, que las recusaciones se pongan ántes de los 15. dias próximos al que se hubiere señalado para votar el pleyto, salvo si las causas hubieren nacido dentro del término de los dichos 15. dias.

81. Esta es la primera parte. Por la segunda se manda se observe lo mismo, aunque no se vote el pleyto el dia señalado; y en la tercera se extiende la disposicion al caso en que se votare el pleyto, y se remitiere á mas Ministros; pues solo permite las recusaciones por las causas nacidas despues de la remision.

82. Cotejadas estas últimas leyes con lo dispuesto en

la

la 19., se observa la primera diferencia en que el término de los 30. dias, contados desde que se empezó á ver el pleyto, no impide á los Jueces su determinacion, y pueden darla dentro de los mismos 30. dias.

83. En este supuesto, que es bien notorio y conforme á todos los derechos que instan por la brevedad de las causas, pretendian las partes poner sus recusaciones en forma comun el mismo dia que estaba señalado para votar el pleyto, ó en el que, sin preceder señalamiento, se juntaban los Ministros para determinarle, motivando las partes que estaban dentro de los 30. dias que se habian fixado por término de conclusion; y que usaban de su libre facultad, poniendo la recusacion en tiempo habil para ser admitida, sin la calidad de jurar, ni probar que las causas hubiesen nacido, ó venido nuevamente á noticia de la parte, desde que se empezó á ver el pleyto hasta el dia de la recusacion.

84. De aquí resultaban graves daños; pues se impedia la sentencia, se dilataban los pleytos, y los Jueces que venian instrüidos para determinarlos, perdian el tiempo, y necesitaban repetir su estudio y trabajo, para quando se hubiese de votar despues del expediente de la recusacion.

85. Á todas estas malicias se ocurrió con la nueva disposicion de la citada *ley* 21. y del *auto* 10. pues si visto el pleyto fuese señalado dia inmediatamente para votarle, se tenia por efectiva conclusion desde el primero en que empezasen los 15. próxîmos al dia señalado, y desde aquel quedaban las partes sin facultad para recusar á los Jueces, salvo por causas nacidas dentro de dichos 15. dias, en lo qual se observan dos alteraciones á lo dispuesto en la *ley* 19.: La primera, no gozar del término de los 30. dias; y la segunda, que aun pasados podian recusar, habiendo nacido las causas, ó venido á noticia de las partes despues del lapso de los dichos 30. dias.

86. El señalamiento de los 15. próxîmos para votar el pleyto quita la facultad de poner recusaciones en forma comun, y excluye tambien las que se funden en cau-

causas nacidas ántes de los dichos 15. dias, aunque hubiesen llegado dentro de ellos á noticia de la parte, siendo igual el efecto, aunque no se votase en el dia señalado, y aunque se votase y remitiese.

87. Las mas veces se determinan los pleytos vistos en el Consejo, y en las Chancillerías y Audiencias, sin señalar dia para el voto, y en este caso no se pueden contar los 15. dias; pero si propusiesen recusaciones en el mismo, en que se empezó á votar el pleyto, no deben admitirse segun el tenor de la citada *ley* 21. y del *auto* 10.; pues esto fué lo que principalmente se tiró á enmendar, y lo mismo debe observarse, aunque le remitiesen.

88. Reuniendo toda nuestra legislacion que trata de las recusaciones de los Jueces se advierte bastante obscuridad en sus disposiciones; y con la misma proceden los Autores citados en sus opiniones, como se ha demostrado en este capítulo.

IN-

ÍNDICE GENERAL

DE LAS COSAS MAS NOTABLES

DE ESTA OBRA.

A

Abogado. Para poder exercer la Abogacía, bastaban por derecho Romano cinco años de estudio en derecho Civil. En España se necesitan diez del mismo estudio. Motivo porque los graduados de Doctor ó Licenciado en Salamanca, Alcalá y Valladolid, con solo exhibir el título, les concede el Consejo licencia para abogar. Los que lo son en otras Universidades deben tener quatro años de práctica. En Madrid se requiere á mas un año de asistencia á la Cátedra de Derecho Natural; siendo preciso, para habilitarse de Abogado, el exâmen y aprobacion del Colegio, y la superior del Consejo Real. Providencias que se han acordado, para que en las Universidades, al mismo tiempo que se enseñe el Derecho Romano, se estudie el de España, cuyos efectos no han correspondido á lo que se esperaba. *Parte primera capítulo segundo.*

Los Abogados tienen obligacion de defender á los que quieran litigar. Antes de empeñarse en la defensa han de pedir, y se les debe dar por escrito, razon de todos los hechos, para poderse instruir de la justicia de la causa. Han de continuar en ella hasta la publicacion de probanzas; en cuyo estado, si no resultasen acreditados los hechos, sobre que estriba la defensa, tienen obligacion de desengañar á los interesados, y sobreseer en el pleyto. *P.* 1. *cap.* 10. *n.* 36. *al* 39. (a)

Accion. Del tiempo que debe transcurrir, y requisitos que han de concurrir para la prescripcion de la accion personal y de la real. *P.* 2. *cap.* 2. *n.* 23. *al* 31.

Apelacion, su difinicion, con los efectos que de ella resultan á los litigantes, y á la causa pública. *P.* ~~3~~ 2. *cap.* 2. *n.* 1. *y* 2.

Admitida la apelacion por el inferior, se traslada al superior inmediato el conocimiento de la causa. *P.* 2. *cap.* 2. *n.* 1.

Fórmula de un recurso de apelacion, presentándose la parte agraviada ante el superior. *Ibi n.* 2.

Si el recurso no viniere acompañado del testimonio de apelacion, el superior no debe llamar los autos, ni avocar la causa, ha de mandar al inferior que dentro de cierto término, que señalará, dé al interesado el testimonio de la apelacion,

(a) Abogados. Pueden ser obligados de oficio p.r el Juez á defender á las partes — P. 1. cap. 10. n. 36 — En qualquier estado del pleito se les puede exigir el juramento de no defender causas injustas. Ibid. n 37.

~~Alimentos. Las sentencias en q. se mandan dar son executivas~~ [illegible]

cion, conminando al Escribano para que lo execute. *Ibi n.* 3. *y* 4.

Si el Juez inferior no cumpliese con esta órden, acude nuevamente el interesado ante el superior, presentando ó el mismo despacho con los requerimientos que ha hecho, ó solo el testimonio de las notificaciones; y entónces debe mandar el Tribunal superior en el primer caso sobrecarta á costa del Juez y Escribano, y en el segundo se libra nuevo despacho. *Ibi n.* 5.

Del término dentro del qual la parte que apeló debe presentarse ante el superior: que disponian sobre el particular las leyes de la Partida: que variacion hiciéron las de la Recopilacion, con las ventajas que de ello han resultado á la causa pública. *Ibi n.* 6. *al* 12.

La apelacion se puede admitir de quatro modos: ó en ámbos efectos: ó simplemente, sin expresar en que efecto: ó en quanto haya lugar en derecho: ó en el efecto devolutivo y no en el suspensivo. *Ibi n.* 13. P. 2. cap. 3

En el primer caso pasan al superior los autos originales, sin que por ello se haga agravio al inferior. *Ibi n.* 14. *al* 17.

En el segundo caso la apelacion se entiende admitida en ámbos efectos. *Ibi n.* 18. *al* 21.

Si la apelacion se admite en quanto ha lugar en derecho, se entiende en ámbos efectos. Hay casos que son excepcion de esta regla; quales sean. *Ibi n.* 22. *al* 29.

Si la apelacion se admitiere en solo el efecto devolutivo, y el Juez *à quo* executase la sentencia, verificado que fuese, los autos han de subir originales al superior; pero si la sentencia no estuviere executada, deben subir en compulsa. *Ibi n.* 30.

Si los autos fuesen voluminosos, se podrá mandar que, quedándose el Juez *à quo* con testimonio de la sentencia para executarla, remita originales los autos. *Ibi n.* 31.

Bien que nunca se ha de mandar que suban los autos originales, si no hubiese una particular circunstancia que lo exîja. *Ibi n.* 32.

La apelacion se ha de interponer dentro de cinco dias. Pasados sin hacerlo, se declarará la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada. *Ibi n.* 33. *al* 38.

El apelante debe presentarse ante el superior, y reportar la mejora dentro del término que le prefixase el Juez *à quo. Ibi n.* 39. *al* 54.

Si la parte no apelare, ó no siguiere la apelacion en los términos prescriptos por la ley ó por el Juez, queda enteramente extinguida la accion, y la facultad para poderlo hacer. *Ibi n.* 55. *al* 63.

Alimentos: Las sentencias en que se mandan dar son ejecutivas P. 2. cap. 11. n.° 67. — Si revocada la en que se mandaron dar debe restituir en ... el que los hubiere recibido. ibid. n.° 68.

Consentida la sentencia, ó pasado el término para apelar de ella, puede el Juez proceder á la execucion, sin necesidad de declarar la sentencia por pasada en cosa juzgada. *Ibi númer.* 64. *al* 67.

Si el Juez Eclesiástico no adhiriere á la apelacion, pueden los interesados recurrir al Tribunal Real por via de fuerza, para que la otorgue, y este mandarselo. *Ibi n.* 68. *al* 70.

Ante que Juez se ha de solicitar se declare la apelacion por desierta, y la sentencia por pasada en cosa juzgada. Quando esto se ha de pedir ante el inferior, y quando ante el superior. *Ibi n.* 77. *al* 89. cap. 3. n.º 72 al 70.

Introducida la apelacion, admitida, y traidos los autos al superior, se deberá acabar esta segunda instancia dentro de un año: Que tenian establecido sobre el particular los Romanos: Que variacion hizo el Derecho Canónico y el Español. *Ibi n.* 90. *al* 127.

Este año se puede prorogar por las mismas partes. En el dia, radicado el juicio ante el superior, si los interesados no instan, la causa se suspende hasta que haya quien inste; cuya práctica la autoriza la razon y la equidad. *Ibi n.* 128. *al* 139.

En el grado de apelacion pueden los interesados alegar y probar lo que no hiciéron en primera instancia; con tal que no sea sobre los mismos artículos, ó contrarios á lo articulado. Pero bien se les permite producir documentos sobre lo mismo, y aun contrarios. *P.* 3. *cap.* 2. *n.* 3.

Como la apelacion la justifica el agravio, no se puede apelar *à futuro gravamine. Ibi n.* 4. *al* 9.

¿Deberá el que apela, expresar y probar el agravio, para que la apelacion le sea admitida, ó bastará que se tenga ó sienta por agraviado de la sentencia? *Ibi n.* 10. *al* 13.

No se puede apelar de los autos interlocutorios. *Ibi númer.* 14.

En que casos las apelaciones serán justas, quando frívolas y maliciosas; y se establecen reglas ciertas para conocer la justicia ó injusticia de la apelacion. *Ibi n.* 17. *al* 26.

Casos en que, no obstante la apelacion, debe el Juez executar su sentencia ó auto. Tales son sobre preferencia en las procesiones: la de excomunion: lo que acuerdan los Concejos de los Pueblos para su gobierno: lo que mandan los Obispos para mantener la paz y evitar escándalos: sobre sepultura, sobre alimentos &c. *Ibi n.* 39. *al* 68.

El término para apelar antiguamente era el de dos dias: luego el de diez; y últimamente la ley de la Recopilacion le restringió al de cinco dias. *Ibi n.* 69. *al* 72.

Ad-

Admitida la apelacion por el superior, cesa la jurisdiccion del Juez *à quo*. *Ibi n.* 73. *y* 74.

La apelacion debe ir directamente al Tribunal superior mas inmediato. *Ibi n.* 75. *al* 78.

Salvo quando por costumbre, ó por razon de la quantía sobre que se sufre el pleyto, debiese ir la apelacion al Concejo, Justicia y Oficiales de la Ciudad ó Lugar. *Ibi n.* 79.

En los Lugares de las Órdenes Militares la apelacion toca á prevencion ó á las Chancillerías, ó al Consejo de las Órdenes. *Ibi n.* 80. *al* 86.

Las apelaciones de los Alcaldes de Corte en asuntos civiles van al Consejo en Sala de Provincia, ó á la Saleta. Historia prolixa de lo que sobre el particular ha ocurrido, y las variaciones que ha habido desde la creacion de los Alcaldes de Corte hasta el presente estado. *Ibi n.* 87. *al* 98.

Las de los Tenientes de Corregidor de Madrid van tambien al Consejo en Sala de Provincia, ó á las Salas de Corte segun su turno. *P.* 2. *cap.* 5. *n.* 1.

En este caso no es menester que se formalice la apelacion ante el inferior; sino que puede en derechura presentarse la parte agraviada en el Consejo, ó Sala de Alcaldes con el recurso correspondiente, y pedir (segun la entidad y calidad del negocio) ó que el Escribano de Provincia entregue en la Escribanía de Cámara los autos, ó que vayan á hacer relacion. Utilidades que resultan de este establecimiento. *Ibi númer.* 2. *y* 3.

Puede tambien la parte agraviada apelar ante los mismos Alcaldes de Corte, ó Tenientes de Corregidor, y luego presentarse en el Consejo, ó en Saleta, cuyo medio es mas fácil y sencillo. *Ibi n.* 29.

Si la cantidad, que motiva el pleyto, no excede de 300$. mrs., van las apelaciones á una de las Salas de Corte. En lo antiguo eran solo 50$. mrs.: luego 100$.; y últimamente 300$. Al principio formaban la Saleta dos Alcaldes; cuyo nombramiento pendia del Presidente del Consejo; y luego una Sala completa. *Ibi n.* 4. *y del* 16. *al* 19.

Excediendo el pleyto de 300$. mrs., la apelacion va al Consejo. *Ibi n.* 5.

Si el interes del pleyto no excediere de mil ducados, pasa el Escribano de Provincia á hacer relacion: si pasare de esta cantidad, el Escribano entrega los autos en la Escribanía de Cámara: que perjuicios se sigan de este abuso; y que medios se podrian adoptar para corregirle. *Ibi n.* 6. *al* 19.

Admitida la apelacion, debe la parte dentro de seis dias poner en la Escribanía de Provincia el decreto original del

del Consejo; y pasados sin hacerlo se declara la apelacion por desierta. *Ibi n.* 27.

El remedio de poderse adherir á la apelacion le estableció el Emperador Justiniano. En España no hay ley que le autorice. Pero la utilidad que de ello resulta á la causa pública, la opinion de los Autores Españoles, y la práctica de los Tribunales, han hecho que se adoptase en España este remedio. Los efectos que de esto provienen á los litigantes son, que en qualquiera instancia, si se sienten agraviados en alguna parte de la sentencia de la qual no apeláron, pueden adherirse á la apelacion interpuesta por la contraria, y conseguir con ello la mejora de la sentencia. *P.* 2. *cap.* 6. *n.* 1. *al* 10.

Casos en que puede tener lugar este remedio de poder adherirse á la apelacion. *Ibi n.* 11.

El tiempo en que debe adherirse á la apelacion, y pedir la reforma de la sentencia en los capítulos en que le haya sido contraria, es quando responda al escrito de agravios. *P.* 2. *cap.* 7. *per tot.*

Los que apelaren no deben decir que los Jueces juzgáron mal; y esto por el honor mismo de los Magistrados. *P.* 3. *capit.* 5. *n.* 17. *y* 18.

Arrendamiento Real. Del término dentro del qual se deba admitir la puja del *Quarto. P.* 1. *cap.* 10. *n.* 10.

Aragon. En su Audiencia, ántes estaba mandado, que las apelaciones de este Tribunal tanto en lo civil como en lo criminal viniesen al Consejo: luego se abolió esta disposicion. *P.* 3. *cap.* 5. *n.* 15. *y* 16.

C

Caso de Corte, que cosa sea, quales sus efectos, y á quienes competa y por que razon. *P.* 3. *cap.* 4. *n.* 10. *al* 21.

Cartas Pueblas son los fueros de poblacion que en el acto de la conquista daban los Reyes á los Pueblos. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 21.

Compensacion, su difinicion y sus efectos, quando se entienda conquasada la accion por razon de la compensacion, y que efectos produzca. *P.* 1. *cap.* 5. *n.* 1. *al* 5.

Para la compensacion deben ser de una misma especie y graduacion las cosas que se deban. Siendo de inferior calidad lo ha de suplir el dinero. Aunque siempre tendrá lugar entre acreedores de cierta cantidad, y aun de especie, quando por haberse esta extinguido, ó perdido á daño, se debiese la estimacion. *Ibi n.* 6. *al* 8.

En depósitos no cabe compensacion. *Ibi n.* 9. *y* 10.

El Rey, Comunidades y Concejos no admiten compensacion:

Comisionados, deberes q.e se les sugeta. P. 1. cap. 8. n.s 77 y siguientes.

cion: que casos son excepcion de esta regla. *Ibi n.* 11.

En que tiempo se pueda oponer la compensacion. *Ibi n.* 13.

Conclusion de la causa para difinitiva, es manifestar las partes al Juez, que no tienen mas que alegar, ni probar, y excitar su jurisdiccion para que sentencie la causa. *P.* 1. *cap.* 11. *n.* 1.

En este estado las partes no pueden hacer gestion alguna: porque el intervalo entre la conclusion y la sentencia es todo del Juez. *Ibi n.* 2. *y* 3.

Podrán únicamente informar á este de su derecho y de su justicia. *Ibi n.* 5.

El auto, por el que se da la causa por conclusa, es interlocutorio. *Ibi n.* 53.

Conclusa la causa, y ántes de la sentencia podrán las partes presentar los documentos que crean conducentes, pero con juramento de que hasta entónces no habian tenido noticia de ellos; y esto porque la equidad dicta que el Juez se instruya por todos los medios posibles de la justicia de la causa. Breve Historia de lo que sobre el particular dispone nuestra legislacion antigua y moderna. *Ibi n.* 7. *al* 42.

En este caso deberá mandar el Juez: "Á los autos para los »efectos que haya lugar, sin perjuicio de su estado." Y que es lo que el Juez quiere decir con esta providencia y sus efectos. *Ibi n.* 45. *al* 47.

Si por los documentos presentados concibiese el Juez que influyen en el derecho y justicia de quien los presenta, los debe mandar admitir, y dar traslado de ellos á los interesados, suspendiendo dar sentencia y reponiendo el auto de conclusion. *Ibi n.* 48. *al* 53.

En uso de este traslado podrán los interesados redargüir de falsos los documentos, y aun impugnarlos. Mas podrán tambien probar que el juramento, que hizo quien los presentó de haber nuevamente llegado á su noticia, es tambien falso. *Ibi n.* 84. *al* 87.

Si despues de la conclusion compareciese un menor pidiendo restitucion, y queriendo presentar documentos, de los quales no habia hecho uso ó por descuido suyo, ó del Abogado ó Procurador, se le deben admitir quantos presentare. *Ibi número.* 97. *al* 105.

Con dos escritos por cada una de las partes se da la causa por conclusa, ó bien para prueba, ó para sentencia difinitiva. *P.* 1. *cap.* 7. *n.* 1. *al* 4.

El traslado que se dá al actor del último escrito del reo, se le dá para evitar toda malicia en los escritos de este, y para que aquel se certifique de quanto se le excepciona. *Ibi n.* 5. *al* 20.

Aun-

Aunque las partes, despues de presentados los quatro escritos, no concluyesen, debe el Juez dar el pleyto por concluso; y qual sea el verdadero, y genuino sentido que se ha de dar á la ley 2. tit. 5. lib. 4. de la Recop. *Ibi n.* 22. *al* 25.

Para que los autos se diesen por conclusos para prueba, ó para difinitiva, era preciso que se acusaran tres rebeldías. En el dia basta una sola: porque ántes habia tres términos; y en el dia uno solo, y este perentorio. *Ibi n.* 32. *al* 46.

Esto se debe observar no solo en el Consejo, sino en Audiencias, Chancillerías y demas Tribunales. *Ibi n.* 47. *al* 54.

Corregidor de Madrid. De las sentencias de este, y de las de sus Tenientes, se apelaba para la Chancillería de Valladolid. En el año 1636. se mandó que fuesen al Consejo. *P.* 2. *cap.* 5. *n.* 20.

Contestacion, su difinicion, sus efectos y la fórmula de este libelo. *P.* 1. *cap.* 4. *n.* 1. *al* 4.

Nueve dias tiene el reo para contestar la causa: Corren desde el dia siguiente á la notificacion. Si el reo estuviere ausente debe el Juez señalarle término, segun lo estimase, atendida la calidad de la persona y distancia del Lugar. *Ibi n.* 6. *y* 7.

Pasado este término, la ley dá la causa por contestada. Pero la equidad ha introducido la práctica, de que se le deba acusar la rebeldía; con cuya diligencia se le tiene aquel por confeso. *Ibi n.* 8. *y* 9.

Este término fatal no corre ni al ignorante, ni al impedido: porque la presuncion cede á la verdad. *Ibi n.* 10.

Tanto por la contestacion presunta, como por la real y verdadera, queda el reo privado de poder oponer las excepciones dilatorias, ó que tengan fuerza de tales; y quales sean estas. *Ibi n.* 11. *al* 14.

Si el reo en la contestacion confesare llanamente la obligacion, el Juez le condena al pago; cuyo precepto tiene fuerza de sentencia. De quantas maneras se puede hacer esta conocencia de obligacion, y quales son sus efectos. *Ibi n.* 15. *al* 17.

Dada la causa por contestada en rebeldía del reo, tiene el actor dos medios: Uno ir con el pleyto adelante: otro el asentamiento: que cosa sea asentamiento, y sus diferentes efectos en la accion personal y en la real. *Ibi n.* 34. *al* 42.

Consejo Real. Establecido el Consejo Real, muchos negocios de las Provincias se cometian á personas particulares. Los perjuicios, que de aquí nacian, obligáron á la ereccion de Chancillerías y Audiencias; y con el tiempo á depositar en estos Tribunales la autoridad que en el dia exercen. *P.* 2. *cap.* 4. *n.* 40. *al* 44.

El

El Consejo ve y determina los pleytos por su antigüedad. Con este loable objeto está mandado, que en cada Sala del Consejo se ponga cada quatro meses una tabla de los pleytos conclusos, para que se vean por su antigüedad. *P.* 1. *cap.* 11. *n.* 4.

Para evitar dilaciones maliciosas, tiene tambien mandado el Consejo no se admita pedimento pidiendo término, sin que esté firmado de Letrado. *P.* 1. *cap.* 3. *n.* 2.

D

Demanda, su difinicion, de que partes y cláusulas deba constar: su fórmula, con la explicacion de quanto contiene. *P.* 1. *cap.* 3. *n.* 1.

Debe encabezarse en nombre propio del actor, ó en virtud de poder de este. En que casos podrá correr la demanda, y no será ilusorio el juicio, aunque no conste del poder. *Ibi n.* 2. *al* 10.

En ella se ha de referir con sencillez y claridad todo el hecho, expresando la causa ó título de donde proceda la accion; y que ventajas resultan al actor de indicar la causa de donde le nace la accion. *Ibi n.* 11. *al* 13.

En el escrito de la demanda, la conclusion es la que determina y señala la accion que elije el actor. Si bien no debe el Juez ligarse á lo material de las palabras. *Ibi n.* 14. *al* 16.

De quantas maneras pueden las partes excederse en sus demandas. En que penas incurrian antiguamente por Derecho Romano, cuyo rigor templáron las leyes de las Partidas. *Ibi n.* 17. *al* 20.

En las obligaciones alternativas, cuya eleccion es propia del reo, aunque el actor pida determinadamente una cosa, la causa pública exîje que el Juez supla el defecto que contiene la conclusion. *Ibi n.* 21. *al* 23.

Que cosa sea, y el valor que tiene el auto de traslado que se provee, quando se presenta la demanda. *Ibi n.* 33. *al* 38.: *y en cap.* 4. *n.* 5.

Dada esta por contestada en rebeldía del reo, tiene el actor dos medios: Uno ir con el pleyto adelante: otro el asentamiento. Que cosa sea asentamiento, y sus diferentes efectos en la accion personal y en la real. *P.* 1. *cap.* 4. *n.* 34. *al* 42.

Derecho de acompañado, quien debe pagarlo quando se recusa á un Juez ordinario. P. 3. c. 6. n. 31. y 32.
rio. P. 3. c. 6. n. 31. y 32.

Ecle-

Eclesiástico. Si el Juez Eclesiástico no admitiere la apelacion, pueden los interesados recurrir al Tribunal Real por via de fuerza, para que la otorgue, y este puede mandarselo. *P.* 2. *cap.* 2. *n.* 68. *al* 70.

Escribanos. Los de Número del Corregimiento de Madrid, por privilegio especial del Señor Don Felipe IV. son los únicos que en Madrid pueden otorgar las escrituras de fundaciones de mayorazgos, ventas y qualesquiera otras de perpetuidad. *P.* 2. *cap.* 5. *n.* 20.

Si por apelacion fuese á Saleta ó al Consejo el pleyto que ante ellos se siguiere, deben ir á hacer relacion. *Ibi n.* 21. *y* 22.

Pero si alguno de los interesados pidiere, que el Escribano entregue los autos en la Escribanía de Cámara; se manda así, aunque con la condicion de por ahora, y sin perjuicio del privilegio y de los derechos del Escribano de Número. *Ibi n.* 23.

Que perjuicios se siguen de esta práctica, y que medios se debian adoptar para su remedio. *Ibi n.* 25. *y* 26.

Escrituras. Qual sea la escritura llamada matriz, protocolo ó registro, qual la escritura original, que especie de prueba hacen estos instrumentos y contra quienes. *P.* 1. *cap.* 11. *n.* 54. *al* 59.

Si al que presenta una escritura, se le negase que el Escribano que la autorizó fuese tal, le incumbe la prueba á quien la presenta; pero si se le arguyese que la escritura es falsa, debe probar la falsedad quien se la objeta. *P.* 1. *cap.* 11. *n.* 7. *al* 12.

De que medios se han de valer los interesados para probar la falsedad de una escritura: que número de testigos se necesita; y como se deben conciliar las leyes 32. y 117. tit. 18. Part. 3. *Ibi n.* 68. *al* 77.

Las escrituras y qualesquiera otros documentos se pueden presentar en todos los estados que tuviere el pleyto, como sea ántes de la sentencia. Como esto se deba hacer. Véase la palabra *Conclusion.*

Para que la escritura traiga aparejada execucion, es preciso que contenga cantidad líquida. *P.* 3. *cap.* 2. *n.* 19.

Execucion. El derecho para poder executar las sentencias que hubiesen pasado en autoridad de cosa juzgada, si la accion es personal, se prescribe por 20. años: si real por 30.; cuyo término corre desde el momento en que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada. *Ibi n.* 24. *al* 26.

F

Fuero Juzgo. Este Código se formó de órden del Rey Egica, uniendo en un solo cuerpo las varias colecciones hechas por los Reyes Sisesando, Receswinto y Hervigío, añadiéndole las leyes que corrian sueltas. Se revisó, aprobó y publicó este Código en el Concilio XVI. de Toledo. La equidad y justicia de sus leyes le grangeó la estimacion pública de aquel tiempo; y conservó toda su autoridad entre los Españoles aun despues de la irrupcion de los Arabes. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 10. *al* 15.

El Fuero Real es el tercer Código de las leyes de España. Le publicó el Rey Don Alonso el Sabio con la mira de preparar los ánimos para la admision de las leyes de las siete Partidas. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 18. *y* 19.

Quando debamos atender á lo que disponen las leyes del Fuero Real en la determinacion y decision de los pleytos. *Ibi n.* 44. *al* 47.

Fueros municipales se llaman los que se dan para el gobierno de cada Ciudad ó Pueblo: generales los que se establecen para el gobierno de todo un territorio ó Provincia: motivo porque se publicaban en los Concilios: unos y otros se daban á los Pueblos en el acto mismo de la conquista. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 9. 21. *y* 22.

La disposicion de estos fueros nunca puede ser preferida á las leyes de la Recopilacion en la determinacion de los pleytos. Podrán serlo á las de las siete Partidas; y para que lo sean, que circunstancias deben concurrir. *Ibi n.* 40. *al* 43.

Fuero. El actor debe siempre seguir el fuero del reo. Pero si hallase que el Juez de este le es sospechoso, le competen dos remedios para buscar uno que le sea imparcial, ó bien representando al Consejo las justas causas de la sospecha, ó acudiendo á las Chancillerías ó Audiencias por caso de Corte. *P.* 1. *cap.* [illegible] *n.* 19. *y* 20.

G

Granada. Los heredamientos y cortijos del Reyno de Granada no se pueden dehesar; salvo los concedidos por merced de los Señores Reyes; cuya resolucion, aunque particular para este solo Reyno, es ley general para las demas Provincias de España. *P.* 1. *cap.* 7. *n.* 49. *al* 51.

Godos: Su entrada en España, como se enseñoreáron de ella: como empezáron á cimentar su legislacion aboliendo la Romana, hasta imponer pena de muerte al que alegase las leyes de esta. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 5. *al* 8.

H

Herencia. Si se toma á beneficio de inventario, el heredero conserva todas las acciones que tuviere contra ella. *P.* 1. *cap.* 6. *n.* 3.

Que acciones competan al heredero para recobrar lo que le debia el difunto, y qual deba elegir por mas ventajosa y útil. *P.* 1. *cap.* 12. *n.* 23. *al* 30.

Los herederos suceden en iguales partes en el todo de la herencia; salvo si otra cosa dispusiere el testador. *P.* 2. *capit.* 8. *n.* 32.

De aquí nacen dos efectos: Uno, que aunque el orígen del derecho de los herederos sea uno mismo, pueden estos estimarse como personas diversas por lo que mira á la sucesion: Otro, que el heredero únicamente puede ser reconvenido á prorata. *Ibi n.* 33. *al* 37.

J

Juez. Este en la decision de los pleytos únicamente debe atender á la buena fe y verdad que resulta de autos. *P.* 1. *cap.* 3. *n.* 24. *y* 25.

Que diferencia haya entre el Juez mero, y el mixto executor: de que excepciones podrán conocer, y de quales no: si podrán admitir á los terceros coadyuvantes ó excluyentes, que no habiendo litigado en el juicio principal, salen despues en el acto de la execucion de la sentencia. *P.* 3. *cap.* 2. *n.* 1. *al* 11.

Quando la sentencia comprehende la condena de frutos é intereses, como estos se deben probar por las partes, y ante que Juez. *Ibi n.* 12. *al* 18. *y del* 26. *al* 28.

El que lo sea executor de alguna sentencia, debe ajustar sus procedimientos al cumplimiento exâcto de la cosa juzgada, guardando religiosamente las leyes que previenen las solemnidades y órden, con que se ha de proceder en la execucion. Si se presentaren terceros opositores, alegando de su derecho á la cosa que se vendiere para dar cumplimiento á la dicha sentencia, como ha de proceder el Juez en la oposicion de estos; quando deba suspender la execucion, y quando no. *P.* 3. *cap.* 1. *per tot.*

Quantas especies haya de Jueces executores: sus providencias quando serán apelables, debiendo ellos adherir á la apelacion, y sobreseer en el negocio, y quando no; y últimamente en que equivocaciones han incurrido los Autores por falta de crítica, y por no consultar las mismas leyes. *P.* 3. *cap.* 3. *n.* 1. *al* 25.

Deben ponerse las demandas ante el Juez del domicilio. P. 2. c. 12. n. 5 al 7.
El Juez del lugar en q.e existen y se administran

Juicios. En los executivos, aunque el Juez inferior no haya observado el órden que prescriben las leyes, no obstante si de autos constare plenamente la deuda, debe el Tribunal superior, despreciando solemnidades, condenar al deudor á que pague. *P.* 1. *cap.* 3. *n.* 24.

En los sumarios y executivos no se admiten excepciones dilatorias, ni perentorias que pidan prolijo exâmen; pero sí, ofreciéndose las partes á probarlas *incontinenti*. *P.* 2. *cap.* 3. *n.* 5. *y* 6.

L

Leyes. Del valor que en el dia tienen nuestros Códices legislativos: de su observancia en los Tribunales; y de su preferencia en la substanciacion y determinacion de los pleytos. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 1. *al* 4.: *del* 30. *al* 32.; *y del* 37. *al* 47.

Se deben observar, y hacer guardar las leyes por los Magistrados, sin que se pueda alegar que no están en práctica. Breve analísis de las leyes promulgadas para desterrar la opinion, de que la práctica de los Tribunales, ó el no uso deroga la ley. *P.* 1. *cap.* 11. *n.* 20. *al* 30.

Quando la ley señala término para algun acto, se entiende que prohibe hacerlo pasado dicho término. *Ibi n.* 39. *al* 42.

El segundo Código de leyes de España se compuso de órden del Conde Don Sancho Garcia por los años de 995. al 1000. En él se recapituláron todos los usos y costumbres de Castilla, y las sentencias ó fazañas de los Reyes; y tuvo su observancia hasta la publicacion del Ordenamiento de las Cortes de Alcalá, hecho por Don Pedro el Justiciero. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 16. *al* 18.

Las del Estylo son declaratorias del Fuero Real, por cuya razon deben reputarse por parte de este Código. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 70.

Las de las siete Partidas las mandó componer Don Alonso el Sabio: no se publicáron hasta tiempo de Don Alonso XI. Era de 1336. *Ibi n.* 23.

Las de Toro se publicáron en el año 1371. *Ibi n.* 24.

Las del Ordenamiento Real se arregláron por los Reyes Católicos: que trabajo puso en ello el Doctor Don Diaz Montalvo. *Ibi n.* 25. *y* 26.

Las de la nueva Recopilacion, aunque este Código lo mandó formar el Emperador Cárlos V., no se publicáron hasta el reynado de Felipe II. Quienes interviniéron en esta obra. *Ibi n.* 27. *y* 28.

Los autos acordados, que son parte de la Recopilacion, no se recopiláron hasta el año 1745. reynando Felipe V. *Ibi n.* 29.

los bienes prefiere al del domicilio ibid. n.º 8.

Todo el valor de las leyes pende de la sola voluntad del Soberano, no de la aceptacion del Pueblo. La no observancia en nada debilita la fuerza de la ley. *Ibi n.* 33. *y* 34.

Litigantes. Quando la accion de muchos es una misma, deben conformarse en un solo Procurador, y esto para abreviar los pleytos. *P.* 1. *cap.* 7. *n.* 3.

M

Menores. Los bienes de estos vendidos en almoneda, si se presenta alguno ofreciendo mucho mayor precio, compete á aquellos la restitucion. Dentro de qué tiempo deba ser esto, y el mas precio que por ello se ha de ofrecer, todo pende del arbitrio del Juez. *P.* 1. *cap.* 10. *n.* 11.

Muzarabe. El Oficio ó Rezo Muzarabe le compuso San Isidoro, y se llama así, por haberle usado los Christianos, estando sujetos al dominio Arabe. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 13.

O

Obispos. Constantino les concedió la grande preeminencia de que los fieles pudiesen llevar á sus Tribunales los pleytos civiles, aun quando ya estuviesen sentenciados por el Juez Real: que de sus sentencias no se pudiese apelar: que conociesen como árbitros, no como Jueces: motivo porque sus sentencias las mandaba executar el Juez Real, no el Obispo; cuya preeminencia confirmáron los Emperadores Honorio y Teodosio. *P.* 2. *cap.* 4. *n.* 27. *al* 35.

P

Prueba. Conclusa la causa, se recibe á prueba: la qual únicamente se debe hacer de los hechos que conduzcan á descubrir la verdad, y el derecho de los interesados. Si aquellos están acreditados, ó por confesion de estos, ó de otra manera, no tendrá lugar la prueba. *P.* 1. *cap.* 8. *n.* 1. *y* 2.

La prueba, quando las leyes la mandan, es de esencia del juicio; esto es, la prueba no toca al órden del juicio, sino al de la justicia. De aquí es, que aunque se omita, si las partes lo consienten, la sentencia no será nula. *Ibi n.* 3.

El término de prueba, si se ha de hacer de los puertos acá, es el de 80. dias: si de los puertos allende de 120. Que disponian sobre el particular las leyes de las Partidas; y que ventajas han resultado á la causa pública, por lo nuevamente mandado por la ley recopilada. *Ibi n.* 4. *al* 9.

aunque no lo sea del actor; y que utilidades se sigan de este establecimiento. *Ibi n.* 17. *y* 18.: *del* 21. *al* 26.; *y del* 29. *al* 31.

Y esto aunque el pleyto sea entre legos con Clérigos, siendo sobre asuntos prafanos. *Ibi n.* 32. *al* 56.

Se debe proponer en el perentorio término de 20. dias; y no lo haciendo, debe el reo usar de su accion separadamente. *Ibi n.* 34. *y* 35.

En los juicios executivos no tiene lugar la reconvencion. Le tendrá quando el interes del reo se proponga como excepcion, esto es como compensacion. Se habrá de proponer dentro del término de la oposicion, y justificarse en los diez dias que prescribe la ley. *Ibi n.* 37. *al* 47.

Propuesta, y despreciada la reconvencion en estos juicios; finalizada la execucion, se habrá de proponer como qualquiera otra demanda ante el Juez del reo. *Ibi n.* 48. *al* 55.

Recurso de injusticia notoria, de que partes deba constar en su principio, en su progreso y en su fin. *P.* 3. *cap.* 5. *n.* 1. *al* 3.

En los pleytos que por su naturaleza tiene lugar la segunda suplicacion, no le tendrá este recurso. *Ibi n.* 4.

Para poder introducir este recurso, es preciso que preceda fianza: bastaba ántes la de 50⅁. mrs.: en el dia es preciso la de 500. ducados. *Ibi n.* 4. *al* 18.

Hasta el año 700. de qualquiera sentencia que diesen las Chancillerías, ó Audiencias tenia lugar el recurso de injusticia notoria, y venia al Consejo en Sala de Gobierno. En este mismo año se mandó, que no se admitiese este recurso en los pleytos, en que por su naturaleza tenia lugar la segunda suplicacion; y que hubiese de preceder el depósito de los 50⅁. mrs. *Ibi n.* 6. *al* 9.

Este recurso se ve y determina por los mismos autos, sin nuevas alegaciones, probanzas, ni documentos. *Ibi n.* 10. *y* 11.

Si seria útil que se admitieran nuevas pruebas. *Ibi n.* 12. *y* 14.

Quando empezó esta especie de recurso á llamarse de injusticia notoria. *Ibi n.* 21. *y* 22.

La parte que le introduce, si deberá probar que la sentencia es notoriamente injusta, ó bastará que acredite solamente que es injusta. *Ibi n.* 23. *al* 41.

La iniquidad y la injusticia son la causa que motiva este recurso. Los Jueces para graduar la injusticia, no se deben detener en las primeras nociones que presentan los autos; sino que han de exâminar intrinsecamente la justicia ó injusticia por los mismos hechos. *Ibi n.* 42. *al* 49.

Siempre y quando hubiese duda, ó en los hechos, ó no estu-

tuviese clara la disposicion de lá ley, se ha de despreciar el recurso. *Ibi n.* 50.

Si la sentencia de revista, que motiva el recurso, contiene varios capítulos, y el recurso se justifica en unos, y no en otros, para poderse declarar si tiene ó no lugar la pena de los 500. ducados, es menester atender á si se revoca ó no en parte substancial; aunque esta declaracion pende siempre de los Señores del Consejo. *Ibi n.* 52. *y* 53.

No hay término prescripto para introducir estos recursos. Para evitar inconvenientes, se debia señalar el valor de la causa, para que se admitiesen, y prefixar el término dentro del qual debiesen hacerlo. *Ibi n.* 54.

Estos recursos son de dotacion de la Sala Segunda de Gobierno, sin distincion. *Ibi n.* 59.

Se deben ver y determinar con quatro Ministros. *Ibi n.* 71.

Recusacion. El recusar al Juez, es un medio del qual se vale la parte para defender sus derechos. Antiguamente, para la recusacion no se requeria juramento de parte, ni que se expresase la causa. *P.* 3. *cap.* 6. *n.* 1. *al* 4.

Para recusar á un Juez Ordinario, basta el juramento de la parte; cuya práctica se debia abolir. *Ibi n.* 5. *al* 16.

Si el Juez fuere Eclesiástico, se ha de expresar la causa, y probarse ante árbitros. *Ibi n.* 17.

Por la recusacion, el Juez delegado queda separado enteramente de la causa. El Juez Ordinario no, pero se le nombra acompañado. *Ibi n.* 23. *al* 25.

Para recusar á un Ministro de un Tribunal superior, es menester que se exprese la causa: que esta sea justa, y que se pruebe. En que pena incurrirán los litigantes en el primer caso de no estimarse la causa por bastante, y en que pena por no probarla; pero esta varía segun la graduacion del Ministro que se recusa. *Ibi n.* 28. *al* 42.

Quienes puedan recusar: que poder necesiten los Procuradores; y dentro de que término, y en que estado de los autos deban executarlo. *Ibi n.* 43. *al* 49.

Restitucion. Á quienes competa el privilegio de restitucion, para poder probar pasado el término de prueba: que motivos hubo para ello: dentro de que término, y que circunstancias deban concurrir para que puedan usar y aprovecharse de este remedio; y que tiempo se les concederá para poderlo hacer. *P.* 1. *cap.* 9. *per tot.*

Puede recusarse al juez sin juram.to aunq.e este haya dado la sent.a con tal q.e no se le haya notificado. P. 3. cap. 6. n.o 56. y 57.

Requisitoria, ó Exhorto. Lo q.e se debe practicar quando el Juez req. exhortado resiste, ó dilata su cumplimiento. Y Autores Sen- q.e han trata materia. P. 1. cap. 8. n. 85.

Sentencia. Conclusa legitimamente la causa, debe el Juez dar su sentencia en el término que señalan las leyes. *P.* 1. *cap.* 12. *n.* 1. *al* 3.

Ha de atender siempre á la verdad que resulte de autos, sin detenerse en fórmulas escrupulosas. *Ibi n.* 4. *al* 8.

Medios de buscar la verdad. *Ibi n.* 9.

No debe dar la sentencia con celeridad, pues seria en este caso nula; pero no hay término señalado para calificar la precipitacion, y se reserva al arbitrio judicial, atendidas las circunstancias de la causa. *Ibi n.* 10. *al* 13.

Debe preceder citacion. *Ibi n.* 14. *al* 15.

Por la sentencia se acaba el juicio con respecto al Juez que la dió, y espira su jurisdiccion. *Ibi n.* 16.

Ha de ser conforme al libelo en las acciones, en las personas y en las cosas. *Ibi n.* 17.

Las que no se producen en el juicio quedan reservadas y expeditas para usar de ellas en otro. *Ibi n.* 21. *y* 22.

Para que la sentencia cause perjuicio á las personas que no litigáron, basta que las representen por los respectivos títulos que señalan las leyes. *Ibi n.* 41. *al* 76.

De la forma en que se deben concebir y extender las sentencias. *Ibi n.* 77.

La nulidad de la sentencia puede intentarse como accion directa por sí sola, ó acompañada de la apelacion, ó por incidencia de la misma. *P.* 2. *cap.* 1. *n.* 1. *y* 3.

Fórmulas por donde se conocen y distinguen las acciones directas, ó incidentes de la nulidad. *Ibi n.* 2. 4. *y* 5.

Puede introducirse ante el Juez que dió la sentencia, ó en el Tribunal superior; y se declara ser este el medio mas ventajoso. *Ibi n.* 6. *al* 33.

La sentencia declaratoria de la nulidad, ó la contraria en que se estima no haberla, es apelable. *Ibi n.* 35.

La instancia de nulidad no impide el curso de la causa principal. *Ibi n.* 36. *al* 67.

Es conveniente apelar al mismo tiempo, en el que señalan las leyes, de la sentencia, cuya nulidad se pretende. *Ibi n.* 68. *al* 71.

Tiene eleccion la parte agraviada, para usar separadamente de la nulidad y de la apelacion. *Ibi n.* 72. *al* 75.

Pasada la sentencia en cosa juzgada es executiva. *Ib. númer.* 71.

Medios y modos por donde se viene á declarar la autoridad de la sentencia en cosa juzgada. *Ibi n.* 72. *al* 76.

Tres

T

Tachas. Poner tachas á los testigos, es decir que tienen defectos, que les hacen desmerecer de su fe. *P.* 1. *cap.* 10. *n.* 40.

Ántes bastaba que las tachas se expusiesen generalmente. En el dia, para ocurrir á la malicia, está mandado que la tacha sea legítima, y se individualice. *Ibi n.* 41. *y* 42.

No basta la aprobacion tácita que induce el silencio de la parte que presenció, y vió jurar á los testigos de la contraria, para no poder luego tacharlos. *Ibi n.* 43. *al* 47.

Sobre tachar los testigos, que es lo que tenia dispuesto el Derecho Canónico: que el Derecho de las Partidas: que utilidades á primera vista parece resultan de estas disposiciones: que variacion sobre dichos particulares introduxéron las leyes recopiladas, procurando la mayor brevedad en los pleytos, el interes de las partes, y seguridad en la administracion de justicia. *Ibi n.* 45. *al* 66.

El término, para poder decir y alegar las tachas, es el de seis dias, que empiezan á correr desde que se notifica el auto de publicacion de probanzas. *Ibi n.* 70. *al* 74.

Alegadas y puestas las tachas, el Juez sin dar traslado las recibe á prueba. *Ibi n.* 75.

Si litigare algun menor, ú otro privilegiado, obrará con prudencia el Juez, suspendiendo mandar recibir la causa á prueba de tachas, hasta pasados 15. dias, que es el término de la restitucion. *Ibi n.* 76. *al* 82.

Si pendiente el término de los 15. dias, mandare el Juez recibir la causa á prueba de tachas, y se presentare el menor, ó el privilegiado, pidiendo restitucion del término de prueba, se debe suspender el de tachas. Corre el de la causa principal; y hecha publicacion de prueba, empezará el de tachas. *Ibi n.* 83. *al* 108.

El término, dentro del qual ha de probar las tachas, no puede exceder de 40. dias. *Ibi n.* 97.

Terceros opositores. Los hay coadyuvantes y excluyentes. Los primeros se estiman por una misma persona con la del principal que litiga. *P.* 2. *cap.* 9. *n.* 1. *y* 2.

Pueden salir á la causa en qualquiera estado que se halle, ya sea en primera, segunda, ó mas instancias. *Ibi n.* 3.

No pueden suspender el curso de la causa, retroceder, alegar, ni probar pasado el término de prueba, comprobando todo esto con exemplos para la mas fácil inteligencia. *Ibi númer.* 4. *al* 8.

Puede salir este tercero en la via executiva, oponer las excepciones correspondientes, y si el principal desistiese, puede el

ter-

tercero continuar su accion y derecho. *Ibi n.* 9.

Los coadyuvantes de segundo órden pueden tambien hacer lo mismo que los de primero. *Ibi n.* 10.

Pero todos deberán tomar el pleyto en el estado en que se hallare. *Ibi n.* 11. 12. *y* 13.

Quienes vengan comprehendidos baxo el nombre de terceros coadyuvantes. *Ibi n.* 21. *y* 21.

Aunque estos deban tomar la causa en el estado en que la hallaren, pero luego son partes formales del juicio, y pueden hacer todas las gestiones que estimen oportunas. *Ibi númer.* 22. *al* 26.

Consentida la sentencia por los principales, por no haber apelado, si llegase á noticia de los terceros, si podrán estos apelar; y si esta apelacion aprovechará á los principales. Y si la sentencia causare estado, por ser ya la tercera, si podrán ellos venir al pleyto, y reclamar su derecho. *Ibi n.* 27. *al* 73.

Tutor. Si siendo muchos son obligados in solidum. P. 2. cap. 8 n. [illegible]
cap 8. n.º 23 y sig.tes